Die

Naturalobligationen

im

Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde der Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Caesar Meyer

aus Bromberg.

Berlin.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld.

1901.

Meinen Eltern!

Litteratur-Verzeichniß.

Adler über Börsentermingeschäfte im Archiv für bürg. Recht. Bd. 17.
Bekker, Die Naturalobligation im Jahrb. des gemeinen Rechts. Bd. 4.
Bekker über das Verhältniß von actio und obligatio in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte. Bd. 9.
Bekker und Fischer, Recht und Rechtsschutz in den Beiträgen z. Erläuterung des Entw. des B. G.B. Heft 6.
Bingner im Sächsischen Archiv f. bürg. Recht. Bd. 6.
Blum, Urtheile und Annalen. Bd. 2.
Brinz, Pandekten. 2. Aufl.
Brinz, Kritische Blätter. Heft 3.
Büchel, Civilrechtliche Erörterungen. Bd. 2.
Burckhard über den Begriff der Schenkung in der Festgabe für Ernst Immanuel Bekker.
Christiansen, naturalis obligatio und condictio indebiti.
Cohn in W. Endemann's Handbuch des H. R. III.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürg. Rechts auf der Grundlage des B. G.B. 2. Aufl. 1899.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Aufl.
Dernburg, Pandekten. 6. Aufl.
Dernburg, Preuß. Privatrecht. 7. Aufl.
Dernburg, Das bürg. Recht des deutschen Reichs und Preußens. 1899.
Eccius in den Beitr. z. Erl. des deutschen Rechts. Bd. 42.
Eck, Vorträge über das Recht des Bürg. Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1898.
Eisele in Iherings Jahrb. Neue Folge. Bd. 31.
Endemann, Einführung in das Studium des B. G.B. 6. Aufl. 1899.
Fischer-Henle, Kommentar z. B. G.B. 3. Aufl.
Fischer, Preuß. Privatrecht. 1887.
Foerster-Eccius, Preuß. Priv.-Recht. 7. Aufl.
Francke, Zur Lehre von der Pfandklage, vgl. Civilistische Abhandlungen.
Frenzel, Ueber die Entstehung des römischen Rechtsbegriffs naturalis obligatio. Leipzig 1897.
Friedenthal, Einwendung und Einrede.

Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. 1889.
Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung.
Hanausek, Gutachten XII des 20. deutschen Juristentages.
Hachenburg, Das bürgerliche Gesetzbuch, Vorträge. 2. Aufl. 1900.
Haidlen, Kommentar zum B. G.B.
Heinemann, Ernst, Der Börsenterminhandel und das R. G. Berlin 1900.
Heymann, Vorschützen der Verjährung. 1895.
Hölder, Pandekten.
Hölder im Archiv f. civilistische Praxis. Bde. 73 und 80 S. 48 ff.
Hölder im Archiv für bürg. Recht. Bd. 11.
Hölder, Kommentar zum B. G.B.
Holtius, Abhandlungen civilistischen Inhalts. 1852.
Jacobi, Die sittliche Pflicht im B. G.B. aus der Jubiläumsfestgabe für Heinrich Dernburg.
Jhering, Zweck im Recht. 3. Aufl.
Keller, Litiskontestation und Urtheil.
Kohler im Archiv für bürg. Recht. Bde. 5 und 12.
Krüll im Archiv für civilistische Praxis. Bd. 1.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G.B. Eine dogmatische Einführung in das Studium des bürg. Rechts. 1898/99.
Kunze, Die Obligationen im römischen und heutigen Recht. 1886.
Laband zum II. Buch des Entwurfes eines B. G.B. im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 73.
Leonhard, Der Anspruchsbegriff des Entwurfs in der Zeitschrift für Civilprozeß. Bd. 15.
Leonhard, Aufrechnung der verjährten Forderung. 1896.
Leonhard, Allgemeiner Theil des B. G.B. 1900.
Leske, Vergleichende Darstellung des B. G.B. und des A. L.R.
Meisner, Kommentar zum B. G.B., Schuldverhältnisse. 1899.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.
Müller und Meikel, Das bürgerliche Recht in seiner neuen Gestalt.
Muther in der Kritischen Vierteljahresschrift. Bd. 9.
Neubauer im Archiv für bürg. R. Bd. 6.
Neumann, Bürg. Gesetzbuch, Handausgabe für Studium und Praxis
Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse.
Planck, Kommentar z. B. G.B.
Puchta, Institutionen. 10. Aufl.
Puchta, Pandekten. 10. Aufl.
Regelsberger, Pandekten.
Regelsberger im Jahrbuch für Dogmatik des Privatrechts. Bd. 41 N. F. 5.
Riesenfeldt in Gruchot's Beiträgen. Bd. 36.
Roßhirt, Umwandlung einer obligatio civilis in eine obligatio naturalis in der Zeitschrift für Civil- und Kriminalrecht. Bde. 1 und 5.
Ryck, Lehre von den Schuldverhältnissen. 1883.
Sächsisches Archiv f. bürg. Recht. Bde. 1 und 9.
Savigny, Obligationen.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts.
Schepp, Das öffentliche Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch.
Scherer, Kommentar z. B. G.B., Schuldverhältnisse. 1899.
Scheurl, Die römischen Naturalobligationen in Jhering's Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 7.
Schwanert, Die Naturalobligationen des römischen Rechts. 1861.
Seeler, Verjährung, im Archiv für bürg. Recht. Bd. 15 S. 112 ff.
Sell, Jahrb. f. historische und dogmatische Bearbeitung des röm. Rechts. Bd. 1. 1841.
Seuffert's Archiv. Bd. 48.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1898.
Staub, Der Begriff der Börsentermingeschäfte in § 66 des Börsengesetzes. 1899.
Stargard, O., Klage- und Anspruchsverjährung, Erlangener Diss. 1898.
Stobbe, Deutsches Privatrecht. 3. Aufl.
Tränkner im Sächs. Archiv. Bd. 9.
Ubbelohde in Jherings Jahrb. Bd. 38, N. F. Bd. II S. 216 ff. über die Naturalobligationen im B. G.B.
Unterholzner, Verjährungslehre. 2. Aufl. 1858.
Vangerow, Pandekten. 7. Aufl.
Wach, Der Feststellungsanspruch in der Festgabe für Windscheid.
Weber, A. D., Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. 5. Aufl. 1825.
Windscheid, Pandekten. 8. Aufl.
Windscheid, actio.
Zadig, G., Der Terminhandel und seine Behandlung durch Rechtsprechung und Gesetzgebung. Breslau 1900.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0170

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Geschichtlicher Ueberblick 11

§ 1. Begriff und Wesen der naturalis obligatio 11

§ 2. Kennt das B. G.B. Naturalobligationen? — Allgemeines . . 17

II. Die Naturalobligationen des B. G.B. im Einzelnen 21

A. Unvollkommene Schuldverhältnisse.

§ 3. Die verjährte Forderung: Ausschluß der Rückforderung des Geleisteten; Gültigkeit eines Anerkenntnisses; Bestehenbleiben der Pfandrechte 21

§ 4. Spiel und Wette, Lotterie- und Ausspielvertrag, Differenzgeschäft §§ 762—764: Ausschluß der Rückforderung, aber kein wirksames Schuldanerkenntniß 31

§ 5. Versprechen eines Ehemäklerlohns; Wirkungen wie zu § 4 . . 44

B. Ethische Pflichten.

§ 6. a) B. G.B. 814: Leistungen, die durch eine sittliche Pflicht oder eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht geboten sind . . 46

b) B. G.B. 1624, 1446 Abs. 2, 1641, 1804, 2205, 2113 Abs. 2: Privilegirte Schenkungen 49

§ 7. Anhang: Bleibt der Gemeinschuldner für die ihm im Zwangsvergleich erlassenen Forderungen noch naturaliter verhaftet? . . 55

I. Teil.

Geschichtlicher Ueberblick.

§ 1.

Begriff und Wesen der naturalis obligatio.

Die Spuren einer naturalis obligatio lassen sich bis in das zweite Jahrhundert der Kaiserzeit zurückverfolgen und zwar scheint Julian auch hier der Erste gewesen zu sein,[1]) welcher mit größerem Nachdruck die Bedeutung der naturalis obligatio betont hat.[2]) Er bezeichnet sie allerdings nur als eine Art Obligation; sie ist ihm eine Abusivobligation; auch bei Ulpian[3]) und Papinian[4]) findet sie zunächst nur wenig Anerkennung. Der Grund hierfür lag darin, daß sich die naturalis obligatio mit dem Begriff der obligatio als solcher nicht in Einklang bringen ließ: Eine obligatio schien sie nicht zu sein, weil ihr das wesentlichste Erfordernis derselben, die actio, fehlte; eine obligatio schien sie andererseits zu sein, weil sie in immer mehr anerkannten Fällen rechtliche Wirkungen äußerte, in vielen Fällen einer vollkommenen obligatio gleich zu achten war und ihrem Inhalb nach — weil ebenfalls auf Leistung von Vermögenswert gerichtet — von einer solchen sich als absolut ununterscheidbar erweisen mußte.[5]) Dennoch ist kein Zweifel, daß die Natural-

---

[1]) Vgl. das Hauptwerk über Naturalobligationen des röm. Rechts 1861 Einl. S. 3 von Schwanert.

[2]) Vgl. Julian fr. 16 § 4 de fidej. 46,1:
„nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores."

[3]) Ulpian fr. 10 de V. S. 50,6 und fr. 22 de R. J. 50,17.

[4]) fr. 95 § 4 de sol. 46.3.

[5]) Kunze, Die Obligationen im römischen und heutigen Recht 1886 S. 193, Schwanert a. a. O. S. 3 ff., Bekker, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9 S. 400 giebt folgende Erklärung:
„Die obligatio im technischen Sinne erfordert immer ein actione teneri, daher kann, wo die actio fehlt, von einer eigentlichen obligatio

obligation in der letzten Phase der klassischen Jurisprudenz bereits ein durchgearbeiteter und nicht mehr beanstandeter Begriff war.

Allerdings hat es eine Legaldefinition für die naturalis obligatio nie gegeben, denn es ist nirgends durch besonderen Rechtssatz die naturalis obligatio im allgemeinen oder auch nur ein einzelner Fall einer solchen eingeführt worden, sondern die Existenz einer solchen wird vielmehr überall, wo sich dafür eine besondere Begründung findet, aus dem Wesen der obligatio und der Anwendung desselben auf das konkrete Verhältnis abgeleitet. Die naturalis obligatio erscheint als begrifflich in der „obligatio" enthalten und sie ist als selbständige obligatio ein Produkt der Rechtswissenschaft.[6])

Alle die zahlreichen Versuche, die unter der Bezeichnung „naturales obligationes" in den Quellen enthaltenen einzelnen Rechtsverhältnisse auf eine gemeinschaftliche ratio zurückzuführen, haben zu einem einheitlichen Ergebnis nicht geführt.[7])

Die hierüber aufgestellten Theorien gehen weniger von dem eigentümlichen Inhalt und dem Wesen dieser Obligationen aus, als vielmehr von dem Namen naturalis; hieran anknüpfend sucht man ihren Ursprung aus dem jus naturale herzuleiten; während die Einen[8]) hierunter das sog. Naturrecht verstanden wissen wollen, betrachten Andere[9]) das jus gentium als die Quelle der Naturalobligationen.

Diese zunächst rein historische Erklärung wird wiederum von Anderen auf eine allgemeine ratio gestellt, indem der „Billigkeit"[10])

nicht die Rede sein. Aber nicht jedes Gebundensein ist ein Gebundensein im technischen Sinne, und diese Fälle eines Gebundenseins anderer Art werden auch obligationes und zum Unterschied von jenen „naturales obligationes" benannt"; vgl. ferner seine Abhandlung über die Naturalobl. im Jahrb. des gem. Dtsch. Rechts Bd. 4 S. 386.

[6]) Schwanert a. a. O. Einl. S. 2 unten.

[7]) Vgl. Die Litteratur bei Windscheid, Pand. 8. Aufl., Bd. 2 § 287 Anm. und Dernburg, Pand. 6. Aufl. § 4 Anm. 1, sowie die geschichtliche Uebersicht bei Schwanert, die Naturalobligationen, § 2 ff.

[8]) A. D. Weber, Systematische Entwickelung der Lehre von der nat. Verb. 5. Aufl. 1825 § 4.

[9]) Savigny, Obligationen I. S. 22 ff., Puchta, Institutionen 10. Aufl. § 268 S. 335.

[10]) Brinz, Pand. Bd. 1 S. 575, ferner krit. Bl. Heft 3 S. 45. Scheurl, Die röm. Nat.-Obl. in Iherings Jahrb. Bd. 7 S. 320, 355.

oder der „natürlichen Auffassung“[11]) die Kraft beigelegt wird, rechtlich bedeutsame Verbindlichkeiten zu schaffen, die bestimmte Wirkungen äußern, obwohl das positive Recht sie nicht als vollwirksam anerkennt. Dernburg[12]) erklärt die Existenz der Naturalobligation aus dem Gegensatz von bürgerlicher Gesellschaft und Staat; von jener werden gewisse Verbindlichkeiten aus Gründen des geschäftlichen Kredits und Anstands anerkannt, während der Staat ihnen keinen positiven Rechtsschutz gewährt, aber den in Uebereinstimmung mit der Sitte hergestellten Zustand als rechtsgültig aufrecht erhält.

Diesen Grundgedanken wollen wir festhalten. Er scheint mir vom Standpunkt des heutigen Rechts eine zutreffende Erklärung für das Vorhandensein derartiger unvollkommener Schuldverhältnisse zu geben. Es mag richtig sein, den geschichtlichen Ursprung der Naturalobligation im jus naturale oder gentium zu suchen. Wollen wir aber ihre Erscheinungsform in der modernen Gesetzgebung erklären, so können wir das nur aus dem Gegensatz zwischen den legislatorischen und rechtspolitischen Aufgaben des Rechts einerseits und den sozialen und ethischen andererseits.

Dies ist der Grund, warum auch im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Anzahl Naturalobligationen zur Anerkennung gelangen mußte.

Die rechtliche Bedeutung, welche der natürlichen Verbindlichkeit zukommt, läßt sich zunächst nur negativ bestimmen! So verschieden diese Schuldverhältnisse auch geartet sein mögen, gemeinsam ist ihnen allen, daß sie der actio entbehren, sei es, daß die actio ihnen von vornherein fehlte oder durch exceptio in ihrer Wirksamkeit gehemmt ist.

Positiv dagegen läßt sich die rechtliche Bedeutung der natürlichen Verbindlichkeit nicht durch eine für alle Fälle gleiche Regel bestimmen, vielmehr ist der Inhalt einer jeden natürlichen Verbindlichkeit für sich besonders festzustellen.[13])

---

[11]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 287 Anm. 5.

[12]) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 4.

[13]) Es ist das Verdienst Schwanerts, dieses endgültig nachgewiesen zu haben. Schwanert a. a. O. S. 3:

„Ebensowenig wie über die Existenz, findet sich auch über die Rechtswirksamkeit der obl. nat. eine eigene Vorschrift durch Gesetz oder überhaupt von außen, die naturalis obligatio hat vielmehr

Immerhin können wir den Umfang der Wirksamkeit einer naturalis obligatio — wie Brinz[14]) thut — dahin zusammenfassen:

„Die naturalis obligatio ist zahlbar (erfüllbar), aber nicht klagbar."

Die Naturalobligation äußert also ihre Wirksamkeit zunächst darin, daß das zu ihrer Erfüllung Geleistete nicht zurückgefordert werden kann. Geschieht die Leistung in Kenntnis der Klaglosigkeit, so gilt sie als zur Erfüllung einer rechtlich anerkannten Verpflichtung geschehen und daher nicht als unentgeltliche Verfügung, als Schenkung. Aber auch wenn in Unkenntnis der Klaglosigkeit geleistet ist, ist die condictio indebiti ausgeschlossen.[15])

Die Naturalobligation kann ferner zur Kompensation dienen. Die dies aussprechende Quellenstelle kann jedoch nicht ausnahmslose Geltung beanspruchen. Wenn es fr. 6 de comp. 16, 2 heißt: etiam quod natura debetur, venit in compensationem, so ist damit nur gesagt, daß eine Naturalobligation auch bisweilen zur Kompensation benutzt werden könne.[16])

Ebenso kann die Naturalobligation eine hinreichende Grundlage bilden für ein Rechtsverhältnis, welches zu seinem Bestande eine Verbindlichkeit voraussetzt, so also für Pfandrecht, Bürgschaft[17]),

gerade nur diejenige Rechtswirkung, welche aus dem Wesen derselben sich ergiebt." Vgl ferner Keller in Bekker's und Muther's Jahrb. Bd. 4 S. 373 bes. S. 380 ff.; Dernburg, Pand. II § 4, Windscheid, Pand. II § 288.

[14]) Brinz, Krit. Bl. 3 S. 48; ebenso Schwanert a. a. O. 222—225. Gegen die Brinz'sche Formel vgl. Windscheid Bd. 2 § 288 Anm. 5 Scheurl in Iherings Jahrb. Bd. 7 S. 328 findet das allgemeine Prinzip der Naturalobligation in ihrer Anerkennbarkeit.

[15]) l 60 D. 40,1; l. 16 § 4 D. de fidejussoribus 46,1; l. 41 D. de cond. indeb. 12,6.

[16]) Nicht im Einklang mit oben cit. Stelle steht l. 14 D. 16,2: „Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt". Immerhin dürfte wohl die oben cit. l 6 die Regel angegeben und l. 14 die Ausnahme gebildet haben; l. 14 bezieht sich wohl nur auf die exceptio mit vernichtender Wirkung, so daß also für die übrigen Fälle, wo die exceptio nicht diese Wirkung hat, l. 6 in Anwendung zu bringen ist und man daher von der Kompensationsfähigkeit der Naturalobligationen sprechen kann.

[17]) l. 60, l. 16 § 3 D. de fidej. 46,1; l. 5 pr. D. de pign. 20,1; l. 13 pr. D 12,6; l. 11 § 3 D. 13,7.

Novation, constitutum debiti[18]). Wir finden es in den Quellen ausdrücklich ausgesprochen, daß der accessorische Charakter des Pfandrechts auch durch eine naturalis obligatio genügend gewahrt bleibt. In l. 14 § 1 D. de pign. 20, 1 sagt Ulpian: Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit.

Es ergiebt sich also, daß die Naturalobligation, so sehr sie ihres vorzüglichsten Angriffsmittels, der Klage, ermangelt, doch in mancherlei Hinsicht verteidigungsweise geltend gemacht werden kann. Man darf deshalb aber nicht soweit gehen, der naturalis obligatio abgesehen von der Klage alle Rechtswirkungen zuzusprechen, welche überhaupt einer Obligation zukommen. „Nur soviel läßt sich sagen — meint Windscheid —, daß die natürliche Verbindlichkeit möglicher Weise außer der Klagebefugnis jede rechtliche Bedeutung haben kann, welche auch der juristischen Verbindlichkeit zukommt.“[19])

Diese Auffassung von den Naturalobligationen hat sich auch im heutigen Recht erhalten, welches ebenfalls nur vereinzelte Fälle und Wirkungen anerkennt.

Mit dem römischen Recht haben wir auch seine Naturalobligationen in unser Rechtsleben übernommen. Aber mit dem Wegfall der actio und exceptio als Instituten des geltenden Rechts hat sich der Begriff der Naturalobligation wesentlich geändert. Die Naturalobligation des gemeinen Rechts ist keineswegs eine rechtlich vollkommen begründete Forderung, welcher nur der Rechtsschutz fehlt, sondern sie ist ein Verhältnis, das auch privatrechtlich nicht mehr als eine Forderung auf Leistung eines Gegenstandes bezeichnet werden darf, welches vielmehr nur andere schwächere, rechtliche Wirkungen hat.[20])

Ein großer Teil der römischen Naturalobligationen mußte zudem für das heutige Rechtsleben seine praktische Bedeutsamkeit verlieren.

Mit Aufhebung der Sklaverei sind für uns gerade die wichtigsten Naturalobligationen, nämlich die Obligationen der Sklaven, beseitigt.

---

[18]) l. 1 § 1 de novat. 46,2; l. 1 § 7 D. de pec. const. 13,5.

[19]) Windscheid, § 288 Bd. 2 S. 164, so auch Savigny, Obl. § 12; Schwanert a. a. O. §§ 9—11.

[20]) Fischer, Preuß. Priv.-R. S. 43.

Infolge der Entwickelung und principiellen Anerkennung der selbständigen Vermögensfähigkeit der Hauskinder hat auch nach dieser Richtung hin der römische Begriff seine ursprüngliche Bedeutung verloren.[21])

Der formlose Vertrag, nudum pactum, kann als Entstehungsgrund einer bloßen naturalis obligatio nicht mehr vorkommen, weil nach dem im heutigen Obligationenrecht herrschenden Prinzip völliger Vertragsfreiheit ein formloser Vertrag ein vollgültiges, klagbares Schuldverhältnis begründet.[22])

Der Fall der capitis deminutio des Schuldners und der Konsumtion der Obligation durch Litiskontestation sind schon im Justinianischen Recht außer Anwendung gekommen.

Aber trotz der Beseitigung dieser historischen Anwendungsfälle verdient die Naturalobligation noch für das heutige Recht volle Beachtung: Kein praktisches Recht kann sich den Rücksichten der Zweckmäßigkeit und des allgemeinen Nutzens verschließen. So sehr auch die moderne Gesetzgebung Recht und Billigkeit zu vereinigen, den Gegensatz zwischen streng formalem und billigem Recht aufzuheben trachtet, hat sie doch die positive ratio nicht entbehren können und ihr einen ziemlich breiten Raum vergönnen müssen. Deshalb war die Aufnahme der Naturalobligation geboten.

Die hauptsächlichsten Fälle im heutigen Recht haben ihren Grund in der Verjährung, in der positivrechtlichen Mißbilligung gewisser Arten von Obligationen sowie in sozialen und ethischen Momenten.

Immerhin zeigt sich im neueren Recht der Naturalobligation gegenüber eine gewisse Zurückhaltung.

Das Preußische Landrecht kennt den Begriff der Naturalobligation nicht; es unterscheidet aber in der Einleitung § 86 zwischen vollkommenen und unvollkommenen Rechten; letztere sind solche, welche „durch die Gesetze nicht unterstützt werden und weder eine Klage noch eine Einrede begründen".

Durch diese Bestimmung ist derartigen unvollkommenen Rechten jede Rechtswirkung versagt: Sie sind aus dem System des Preußischen Rechts beseitigt. Dagegen werden auch hier im Ein-

---

[21]) Windscheid, Pand. § 289 a. E. S. 173.
[22]) Savigny, Obl. I § 14 S. 124.

zelnen „bloße moralische Verbindlichkeiten", unvollkommene Pflichten als Ursachen von Rechtswirkungen anerkannt,[23]) A. L.R. II. 16 §§ 178, 179, II. 3 § 23. Ebenso ist von Pflichten und Schulden die Rede, über welche „kein Prozeß zugelassen werden darf bezw. keine Klage zulässig ist", II. 2 §§ 235, 240, I. § 577.

Es handelt sich in allen solchen Fällen, wie bei den Naturalobligationen des gemeinen Rechts, um Verhältnisse, welche gewisse rechtliche Wirkungen haben können. Diese Rechtsverhältnisse beruhen aber auf positiver Gesetzesvorschrift.

Nach A. L.-R. I. 16 § 178 ist allgemein die Rückforderung des in der irrigen Annahme einer erzwingbaren Verpflichtung Gezahlten condictio indebiti) ausgeschlossen, wenn auch nur eine moralische Pflicht zur Zahlung vorlag. Diese Regel ist im Einzelnen ausdrücklich angewendet in A. L.-R. I. 11 § 578, wonach die Rückforderung des im erlaubten Spiel Verlorenen und Gezahlten ausgeschlossen ist. Das Gleiche gilt von dem, was auf ein wegen Formmangels ungültiges Geschäft gezahlt ist (I. 16 § 184 vgl. I. 5 §§ 146, 156) und in einigen andern Fällen.

§ 2.

Inwieweit kennt das Bürgerliche Gesetzbuch eine naturalis obligatio?

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch hat es abgelehnt, irgend welche allgemeine Vorschriften über Naturalobligationen aufzustellen. Nach den Motiven[1]) wollte der Entwurf die unvollkommene Obligation überhaupt reprobiren, indem er unter Schuldverhältniß grundsätzlich nur die klagbaee Obligation verstanden wissen will und eine unvollkommene Obligation nur insofern anerkennt, als durch positive Bestimmungen eine Obligation, welche nach allgemeinen Grundsätzen begründet sein würde, nur in unvollkommener Weise zur Geltung kommt.

Der Entwurf giebt über diese „unvollkommenen Schuldverhältnisse" keine einheitliche Norm und setzt dementsprechend für sie auch keine technische Bezeichnung fest.

---

[23]) Fischer a. a. O. S. 43; vgl. s. Foerster-Eccius, Pr. Pr.-R. (1896) Bd. 1 § 61 S. 346. Dernburg, Pr. Pr-R. 1897 Bd. 1 § 4.

[1]) Mot. Bd. 2 S. 3.

Wie kommt es nun aber, daß er nirgends von einer Naturobligation bezw. „natürlichen Verbindlichkeit" spricht, gleichwohl aber „gewissen rechtlichen Vorgängen abgeschwächte rechtliche Wirkungen beilegt,"[2]) in Wirklichkeit also Naturalobligationen anerkennt? Auch die entsprechenden Ausdrücke wie „klaglose Verbindlichkeiten" oder „klaglose Ansprüche" hat er vermieden; freilich nicht ohne Grund.

Ein solcher Ausdruck hätte der Terminologie[3]) des Entwurfs völlig widersprochen, denn derselbe definirt den Anspruch als „das Recht einer Person, von einem Andern eine Leistung zu verlangen" und vermeidet es sorgfältig, dort von einem Anspruch zu reden, wo zwar ein Recht auf Leistung begründet ist, dasselbe aber nicht durch Klage geltend gemacht werden kann. So ist auch die eigenthümliche Fassung des § 664 zu erklären. Es heißt hier: „Durch Spiel und Wette wird ein Schuldverhältniß nicht begründet. Das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleistete kann jedoch nicht deshalb zurückgefordert werden, weil ein Schuldverhältniß nicht bestanden hat."

Einfacher wäre es gewesen zu sagen, der durch Spiel oder Wette begründete Anspruch habe lediglich die Wirkung, daß das zu dessen Erfüllung Geleistete nicht zurückgefordert werden könne. Das B. G.-B. hat in § 762 dennoch die Fassung des Entwurfs übernommen. Hierzu ist man, wie schon bemerkt, dadurch bestimmt worden, daß man annahm, ein Schuldverhältniß liege nicht vor, wo es an einem Anspruch fehlt, da es ja in den Motiven[4]) heißt:

„Das obligatorische Recht geht auf in dem Anspruch oder in den Ansprüchen, welche es erzeugt" und sich scheute, den Ausdruck „Anspruch" dort anzuwenden, wo man die Klagbarkeit ausschließen wollte. Mit Recht sagt daher Gierke[5]): „Dem ganzen Gedanken-

---

[2]) Mot. II 106.

[3]) Endemann, Einf. i. d. Studium d. B. G.B. Bd. 1, S. 420, Anm. 10 bemerkt in dieser Hinsicht:

„Der Ausdruck „klaglose" Verbindlichkeiten wäre irreführend; denn die formelle Klagbarkeit ist nicht zu bezweifeln, und auch eine Feststellungsklage ist bei ihnen zulässig, soweit ein rechtliches Interesse hierzu nachgewiesen wird.

[4]) Mot. I 291.

[5]) Gierke, Entw. S. 203.

system des Entwurfs entspricht es, daß er den Begriff einer natürlichen Verbindlichkeit grundsätzlich verwirft."

Dennoch aber hat sich auch im neuen Recht der Name „Naturalobligation" erhalten; die meisten sprechen allerdings von „unvollkommenen Schuldverhältnissen".[6]) Auch diesen Ausdruck können wir gelten lassen, denn wenn auch die Erfüllung nicht im Wege der Klage erzwingbar, so kommen ihnen doch gewisse rechtliche Wirkungen zu, so daß wir sie immerhin als Schuldverhältnisse bezeichnen können. Allen hierher gehörigen Fällen ist ebenso wie bei den römischen Naturalobligationen nur das Eine gemeinsam, daß das zu ihrer Erfüllung Geleistete nicht als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden kann. Im Uebrigen sind auch hier die Wirkungen im Einzelnen verschieden.[7]) „Genau besehen," sagt Bekker,[8]) „wirke jedes dieser Rechtsverhältnisse ein wenig anders als jedes andere." Deshalb habe man es vermeiden müssen, gemeinsame Rechtssätze für alle diese Rechtsverhältnisse aufzustellen und nicht umhin können, einer gewissen Spezialisirung und Kasuistik Raum zu gewähren, wenngleich damit die Gefahr verbunden ist, daß die einzelne Frage keine oder doch nicht die ihr zugedachte Würdigung erfährt." So verschieden aber auch die Wirksamkeit der einzelnen im B. G.-B. vorkommenden natürlichen Schuldverpflichtungen sein mag, so erscheint es mir doch möglich, zwei Gruppen aufzustellen.

Beiden ist gemeinsam, daß eine vollzogene Leistung als rechtlich begründet gilt, obgleich sie auf eine nicht mit Erfüllungszwang versehene Schuldverpflichtung hin geschehen ist. Während es sich aber bei der ersten Art um unvollkommene Schuldverhältnisse handelt, indem das Gesetz einem nach allgemeinen Grundsätzen an sich gültigen Schuldverhältnisse aus besonderen Gründen die Anerkennung bis auf einzelne rechtliche Wirkungen versagt, handelt es sich bei der

---

[6]) Die Motive sprechen von „unvollkommenen Schuldverhältnissen", vgl. Bd. 2 S. 3.

[7]) Ausführlichere Darstellungen der Naturalobligationen des B. G.B. finden sich bei Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren S. 26—37; Endemann, Einf. i. d. Stud. des B. G.B. Bd. 1 § 99; Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1 S. 293 ff.; Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, II 1 S. 9 ff.; Ubbelohde in Iherings Jahrb. Bd. 38, N. F. II 216 ff.

[8]) Fischer und Bekker, Beitr. 2 S. 34.

zweiten Art um sittliche Verpflichtungen, denen das Gesetz seinen Schutz zu Theil werden läßt.

Obwohl die bloß ethischen Pflichten sonst scharf von rechtlichen Verbindlichkeiten zu scheiden sind, gewährt das B. G.B. ihnen doch eine halbe rechtliche Anerkennung: diese reicht nicht aus, um die Erfüllung zu erzwingen; sie genügt doch aber als rechtlicher Grund für eine bewirkte Leistung, denn die Rechtsordnung schließt die Rückforderung da aus, wo Anstand und Sitte die Leistung gebieten, auch wenn etwa in der irrthümlichen Annahme einer Zahlungspflicht geleistet wurde;[9]) hat der Leistende aber gewußt, daß er zu der Leistung nicht verpflichtet war, so wollte er offenbar schenken: es liegt dann eine für derartige Fälle in § 534 des B. G.B. geregelte Schenkung vor.

Das B. G.B. erkennt also in § 814 durch Ausschließung der Rückforderung eine natürliche Verpflichtung zu derartigen Leistungen an.[10])

Man darf aber diese natürlichen Schuldverpflichtungen, was ihre rechtliche Wirksamkeit betrifft, mit den „unvollkommenen Schuldverhältnissen" nicht auf eine Stufe stellen. Bleiben doch verjährte Forderungen trotz der Verjährung Forderungen, die abgesehen von der direkten Geltendmachung durch Klage alle Wirkungen einer gültigen Forderung haben können, während den rein sittlichen Verpflichtungen überhaupt keine Forderungen im Rechtssinn gegenüberstehen und weitere rechtliche Wirkungen nicht zukommen.

---

[9]) Endemann, Einf. i. d. Stud. d. B. G.B. I 419, 420 Anm. 8.

[10]) Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (1897) I 607 Anm. 4 findet den § 814 übereinstimmend mit der sogenannten Naturalobligation des bisherigen Rechts.

Dernburg, Pand. 5. Aufl., § 4 S. 15 sagt:

> Was die Sitte fordert, bildet wenigstens in dem Sinne eine Naturalobligation, daß das ihr gemäß Geleistete nicht zurückgefordert werden kann.

II. Theil.

Die natürlichen Verbindlichkeiten des B. G. B. im Einzelnen.

§ 3.

Die verjährte Forderung.

Um des allgemeinen Nutzens und des sozialen Friedens willen tritt das Recht der zwangsweisen Geltendmachung von Rechten entgegen, wenn deren Verjährungszeit abgelaufen ist. Aber der Schuldner hat nicht erfüllt, der Gläubiger Befriedigung nicht erlangt. Daher bleibt dessen Forderung bestehen, wenn ihm auch die Mittel fehlen, sie zwangsweise durchzusetzen.

Bezahlt der Schuldner, so ist das nimmermehr Schenkung; er leistet Zahlung einer Schuld. Hierin offenbart sich, meint Dernburg,[1]) das Bestehen einer natürlichen Verbindlichkeit — obligation aturalis.

Und doch ist diese Frage eine der bestrittensten des gemeinen Rechts gewesen und bis heute nicht völlig geklärt.

Dieser Streit ist in das gemeine Recht hineingetragen worden durch die Windscheid'sche Lehre von der Anspruchsverjährung, indem Windscheid an Stelle der römischen Verjährung der actio für das heutige Recht die Verjährung des „Anspruchs" einführte.[2]) Nicht das Klagerecht, sagt er, erlösche durch Verjährung, sondern der Anspruch selbst. Bei persönlichen Rechten müßte dies gleichbedeutend mit dem Untergang der Forderung sein, da der Anspruch sich hier mit dem Begriff Forderung decke: Das persönliche Recht geht in dem verjährten Anspruch auf, es besteht in diesem Anspruch. Der Untergang des Anspruchs ist also auch sein Untergang.[3])

---

[1]) Dernburg, Pandekten I S. 348.

[2]) Windscheid, Pand. I § 112.

[3]) Windscheid, Pand. (8. Aufl.) I S. 497. Vgl. ferner Windscheid a. a. O. § 43 und Windscheid, actio S. 3 ff.; Fischer, Recht und Rechtsschutz,

Das bedeutet mit andern Worten, daß der obligatorische Anspruch nach Vollendung der Verjährung keinerlei Wirkung mehr äußern und nicht als klagloses Recht — naturalis obligatio — fortbestehen kann.[4]) Der verjährte obligatorische Anspruch könnte weder mittelst Klage oder Einrede geltend gemacht werden, noch könnte mit ihm aufgerechnet werden, der Anspruch müßte erlöschen mit allen seinen Annexen, Pfandrechten, Bürgschaften und sonstigen Nebenrechten.

Gegenüber den Verteidigern[5]) dieser sogenannten stärkeren Wirkung wollen Andere[6]) der Verjährung nur eine schwächere Wirkung zuerkennen. Nach ihrer Ansicht beseitige die Verjährung des obligatorischen Anspruchs das obligatorische Recht nicht voll-

in Bekker und Fischer's Beitr. z. Erl. des Entw., Heft 6 S. 7 ff., 65 ff.; Leonhard, Der Anspruchsbegriff des Entw. in der Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 15 S. 333 ff.; Wach, Der Feststellungsanspruch in der Festgabe für Windscheid S. 20 (92).

[4]) Das ist vom Standpunkt der Anspruchstheorie konsequent, entspricht aber nicht dem römischen und gemeinen Rechte. Windscheid vermag auch einen positiven Quellenbeweis für diese sog. stärkere Wirkung der Klageverjährung nicht zu erbringen, hält aber seine Behauptung für eines Beweises nicht bedürftig, „da es eine entschiedene Anomalie sei, wenn eine zerstörende Einrede nicht die ganze Obligation tilge". Vgl. Windscheid a. a. O. § 112 Anm. 5.

Mit dieser Ausführung dreht sich Windscheid aber in einem Cirkel; denn er unterstellt damit, daß die Verjährung das Recht trifft, während wir hingegen in der Verjährung das Erlöschen des Klagerechts sehen. Zudem sprechen auch positive Quellenzeugnisse für das Fortbestehen einer Naturalobligation nach Vollendung der Verjährung. Es existirt freilich eine ganze Litteratur über diese Stellen, um sie in einen für die Anhänger Windscheids günstigen Sinn umzudeuten; so vor allem l. 7 § 1 und 2 a C. de praesc. 7, 39; l. 2 C. 8, 30 l. 61 pr. D. 36, 1; l. 19 § 4 D. de don. 39, 5. Vgl. hierzu die Ausführungen von Eisele in Iherings Jahrb. N. F. Bd. 31 S. 379 ff.

[5]) Hierzu gehören außer Windscheid, Bekker, vgl. Jahrb. 4 n. 14, Vangerow vgl. Pand. I § 151; R.G. Bd. 2 S. 158, Bd. 34 S. 158 schließen sich Windscheid an.

[6]) So vor Allen Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. 5 §§ 248 ff. S. 379, 381; Puchta, Pand. § 92, Dernburg Pand. 5. Aufl. I S. 357. Hölder, Pand. I § 63, Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 379 ff., vgl. a. Francke, Civ.Abhandlungen S. 75 ff., Unterholzner, Verjährungslehre, Roßhirt, Zeitschr. f. Civil- und Kriminalrecht I S. 160, Keller, Litiskontestation S. 159. Vermittelnd: Regelsberger, Pand. S. 667.

ständig, sondern nur in dem Maße, daß eine natürliche Verbindlichkeit mit den Rechtswirkungen, deren eine solche Verbindlichkeit fähig ist, übrig bleibe.

In neuerer Zeit hat der Streit dadurch an Schärfe verloren, daß die Anhänger der stärkeren Wirkung gewisse Fortwirkungen des verjährten Anspruchs zugestehen, während die Anhänger der schwächeren Wirkung anerkennen, daß dem verjährten Anspruch ohne Gefährdung der Bedeutung des Verjährungsinstitutes für den Rechtsfrieden unmöglich alle denkbaren Wirkungen einer der Klagbarkeit beraubten Forderung zugebilligt werden können.

Das Bürgerliche Gesetzbuch setzt an Stelle der Klageverjährung die Anspruchsverjährung.[7])

Hat es aber an dem Prinzip der Anspruchsverjährung festgehalten?

Auf den ersten Blick möchte man geneigt sein, dieses anzunehmen. Wenn sich auch im Gesetz das Wort „Anspruchsverjährung" nicht findet, so beginnt doch der Abschnitt über die Verjährung gleich mit der Definition des von Windscheid erfundenen Begriffs „Anspruch": B. G.B. 194. Betrachtet man aber die Bestimmungen des Gesetzes genauer, so entdeckt man, daß überall ein Stückchen von diesem Gebäude der Anspruchsverjährung abgebröckelt ist. Immer wo eine konsequente Durchführung des Grundprinzips eine Verschiedenartigkeit zwischen der Klageverjährung und der Anspruchsverjährung herbeigeführt haben würde, macht das Gesetz Ausnahmen von seinem Prinzig und assimilirt seine Anspruchsverjährung dadurch völlig der gemeinrechtlichen Klageverjährung:[8]) Eine wahre Anspruchsverjährung liegt nur dann vor, wenn das Gesetz jede Form der Geltendmachung des von der Verjährung betroffenen Anspruchs prinzipiell ausschließt.[9])

---

[7]) Vgl. Motive I 289 ff.; Bekker und Fischer Beiträge, Recht und Rechtsschutz § 8, Eck, Vorträge S. 77 ff. Hölder, Archiv f. civ. Praxis Bd. 73 S. 141 ff. und Archiv für bürgerliches Recht XI S. 217 ff.

[8]) Darum sagt Eck, Vortr. S. 78: „Der Ausdruck „Klageverjährung" giebt den Inhalt des Bürgerlichen Gesetzbuches deutlicher und klarer wieder.

[9]) Denn unser Sprachgefühl, meint Hanauset — Gutachten XII des 20. Deutschen Jur.-Tages S. 311 — verbindet mit dem Ausdruck „Anspruchsverjährung" die Vorstellung, die Verjährung bewirke ein gänzliches Erlöschen des Anspruchs. Anders Leonhard, Allg. Th. d. B. G.B. S. 225.

Aber besteht denn in der That bezüglich des Gegenstandes der Klage- und Anspruchsverjährung ein so großer Gegensatz?

Die Motive freilich behaupten,[10]) der Ausdruck „Klageverjährung" lege das Mißverständniß nahe, daß das spezifische Moment der Klagebefugniß den Gegenstand der Verjährung bilde. Die Verjährung richte sich nicht gegen die prozessuale Zuständigkeit der gerichtlichen Verfolgung, sondern gegen die Berechtigung selbst.

Aber diese, in den Motiven ausgesprochene Besorgniß ist wohl nicht gerechtfertigt: An die von der materiellen Berechtigung des Klägers gänzlich unabhängige publizistische Klagebefugniß denkt heute Niemand bei dem Worte „Klageverjährung". Nicht die prozessuale Zuständigkeit der gerichtlichen Verfolgung verjährt — denn ein prozessuales Recht kann nicht den civilistischen Grundsätzen über die Verjährung unterworfen sein[11]) —, sondern „das aktuell mit Klage bewehrte, mittelst Klage durchzusetzende Recht".[12]) Das Klagerecht in diesem Sinne ist aber nichts Anderes, als das, was Windscheid mit dem Ausdruck „Anspruch" wiedergeben will.[13])

„Es ist ein Bedürfniß vorhanden, sagt Windscheid, die Richtung des Rechts auf Unterwerfung fremden Willens als solche, unabhängig, ob das Recht ein dingliches oder persönliches, ein absolutes oder relatives ist, zu bezeichnen. Dieses Bedürfniß befriedigt der Ausdruck Anspruch."

Die Ausdrücke Anspruch- und Klageverjährung können daher — richtig verstanden — einen Gegensatz in der Auffassung des Objekts der Verjährung nicht bedeuten, sondern können nur bezeichnen einen Gegensatz in der Wirkung der Verjährung.[14])

Und so schroff ist auch dieser Gegensatz nicht mehr! Giebt doch Windscheid[15]) selbst wenigstens das zu, daß die freiwillige Erfüllung

[10]) Mot. I 290.

[11]) Wach, Der Feststellungsanspruch S. 105.

[12]) Eisele in Iherings Jahrb. N. F. 31 S. 388, 390.

[13]) Windscheid, Pand. Bd. 1 § 43 Anfg. R.G. Bd. 2 S. 158 hat sich dahin geäußert, daß bei den Obligationsrechten „Klagerecht" und „Anspruch" identisch sind und daß daher die Klageverjährung als Verjährung des Anspruchs anzusehen sei; eine Bestätigung des neuen Sprachgebrauchs, bemerken die Motive Bd. 1 S. 290 Anm., ist darum nicht gegeben.

[14]) Hanausek, Gutachten XII in den Verhandlungen des 20. Deutschen Jur.-Tages S. 311.

[15]) Windscheid, Pand. § 112 Bd. 1 S. 498 und § 112 Anm. 5a.

des verjährten Anspruchs nicht unter den Begriff der Schenkung fällt. Erkennt er aber hiermit die Zahlbarkeit resp. Erfüllbarkeit der verjährten Forderung an, so muß er auch die Wirkungen, die sich hieran von selbst knüpfen, billigen.

Das B. G. B. bringt zunächst gleich durch die Fassung des § 222 Abs. 2 klar zum Ausdruck, daß die Verjährung nicht den völligen Verlust des Anspruchs zur Folge hat. In der That werden auch nach ihm klagbare Ansprüche in Folge Verjährung zu klaglosen, oder es läßt verjährte Ansprüche als Naturalobligationen fortbestehen.

Es bestimmt nämlich in § 222 Abs. 2:

> „Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert werden,"

M. a. W. die condictio indebiti ist auch nach B. G. B. in diesem Falle ausgeschlossen, und der Grund ist eben der, daß hier kein „indebitum", eine Nichtschuld, vorlag, sondern ein debitum, eine Schuld, freilich nur ein debitum naturale.

Wenn also der Schuldner freiwillig erfüllt, so ist das auch künftighin nicht Schenkung, sondern debiti solutio. Ja noch mehr: die condictio ist sogar ausgeschlossen, wenn man eine bereits verjährte Schuld zahlt, ohne die Verjährungseinrede zu kennen, denn B. G. B. 222 Abs. 2 sagt weiter:

> „Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert worden, auch wenn die Leistung in Unkenntniß der Verjährung bewirkt worden ist."

Der Grund für diese Vorschrift liegt lediglich darin, daß die Rückforderung des auf eine Schuld — und sei es auch nur eine natürliche Schuld — Gezahlten grundsätzlich unzulässig ist. Für das gemeine Recht haben dies gegenüber der herrschenden Meinung bereits festgestellt Regelsberger,[16]) Dernburg[17]) u. a.

Schon diese Vorschrift (§ 222 Abs. 2 S. 1) bezeugt uns, daß der verjährte Anspruch als Naturalobligation bestehen bleibt. Bei einer konsequenten Durchführung der Anspruchsverjährung hätte eine

[16]) Regelsberger, Pand. Bd. 1 § 186 Ziff. 2.

[17]) Dernburg, Pand. (5. Aufl.) Bd. 1 § 150 Anm. 5, Bd. 2 § 141 Nr. 2: Zahlungen auf Naturalobligationen sind, auch wenn sie aus Irrthum geschehen, in der Regel unanfechtbar. Vgl. l. 26 § 3, § 7; l. 32 § 1; l 46 D. de cond. ind. 12, 6.

Vorschrift, wie § 222 Abs. 2 S. 1 sie enthält, Aufnahme nicht finden können:[18]) Wenn der Anspruch selbst durch Verjährung untergegangen, wenn das obligatorische Recht erloschen ist, so besteht eben keine Schuld mehr, und es giebt gar keinen Grund,[19]) demjenigen dann die condictio zu versagen, der eine vermeintliche Schuld in Unkenntniß ihres Nichtbestehens tilgte. Kann doch auch nach B.G.B. § 813 das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete zurückgefordert werden, „wenn dem Anspruche eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde."

Die Vorschrift des § 222 Abs. 2 bildet also eine Ausnahme hiervon.[20]) Dieselbe erscheint jedoch gerechtfertigt, mag das Gewicht nun darauf gelegt werden, daß für das natürliche Rechtsgefühl eine verjährte Schuld immer noch eine Schuld bleibt, oder darauf, daß der Ausschluß der Rückforderung durch den Zweck der Verjährung geboten ist.[21])

Daraus ist auch die weitere Vorschrift des zweiten Satzes des § 222 Abs. 2 zu erklären. Hiernach kann der Verpflichtete, welcher in Unkenntniß der Verjährung den Anspruch *vertragsmäßig anerkannt*[22]) oder *Sicherheit dafür geleistet hat*, die Aufhebung dieser Rechtsakte nicht fordern.

Diese Bestimmung würde sich mit derjenigen des § 812 Abs. 2 nicht vereinen lassen, wenn man nicht das Fortbestehen des ver-

[18]) *Hanausek* in den Verhandlungen des 20. Deutschen Jur.-Tages S. 313.

[19]) Die Begründung (Prot. S. 470), daß der einmal hergestellte Rechtsfriede nicht wieder gestört werden darf durch Aufrühren der Frage nach dem wirklichen Bestehen der verjährten Schuld, ist nicht zutreffend, denn mit demselben Rechte könnte man sagen, daß jede Berufung auf die Verjährung den Rechtsfrieden störe.

[20]) *Endemann*, a. a. O. I 396: Dieselbe ist inhaltlich nur damit zu rechtfertigen, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche auch die verjährte Schuldverbindlichkeit als ausreichender Grund einer Leistung zu gelten hat.

[21]) *Motive* I S. 341—344.

[22]) Es bezieht sich das aber nur auf das vollwirksame schriftliche Anerkenntniß des § 781; *Endemann* a. a. O. I 396: Die Komm.-Prot. I 235 bemerken hierzu, daß nicht jedes formlose Anerkenntniß einen Verzicht auf die Verjährungseinrede enthalte. Vgl. auch *Hölder*, Arch. f. civ. Pr. Bd. 80 S. 51 u. Arch. f. bürg. R. XI 233 f.

jährten Anspruchs als klaglosen annehmen würde. Nach § 812 Abs. 2 kann derjenige, welcher durch die vertragsmäßige Anerkennung des Bestehens eines Schuldverhältnisses etwas ohne rechtlichen Grund verspricht, die Aufhebung des Anerkenntnisses fordern. Wenn nun der obligatorische Anspruch in Folge der eingetretenen Verjährung erloschen wäre, so würde der früher Berechtigte durch das vertragsmäßige Anerkenntniß unzweifelhaft etwas ohne rechtlichen Grund erlangen, und es wäre kein Grund vorhanden, dem die condictio zu nehmen. Aber weil eben durch die Verjährung der Anspruch und damit das obligatorische Recht nicht völlig erlöschen, sondern lediglich dessen klagbare Geltendmachung ausgeschlossen ist, so ist dem Verpflichteten nicht gestattet, die Aufhebung des Anerkenntnisses zu verlangen, selbst wenn er um die Verjährung nicht gewußt hat, denn er erkennt eine Schuld an, welche rechtlich noch besteht.[23]) Dem entsprechen auch die weiteren Wirkungen, welche das B. G. B. der verjährten Schuld noch zuerkennt. In § 223 ist bestimmt:

> „Die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen."[23a])

Das „Pfandrecht", d. h. nach Terminologie des B. G. B. das Mobiliarpfandrecht, ist auch nach dem neuen Gesetz streng accessorisch, d. h. es ist an eine versicherte Forderung derart gebunden, daß es nur bestehen kann, wenn eine Forderung vorhanden ist, und daß es untergeht, wenn die Forderung untergeht. § 1252 sagt ausdrücklich: „Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für die es besteht." Man kann also umgekehrt sagen: wo ein Pfandrecht besteht, da muß auch die durch dasselbe versicherte Forderung bestehen.

Wenn daher ein Pfandgläubiger auch nach Vollendung der Verjährung sich noch an das Pfandrecht halten kann, um sich für seine Forderung zu befriedigen, so zeigt das deutlich, daß der An-

---

[23]) Für die Feststellung der verjährten Schuld als Naturalobligation genügen schon diese Vorschriften des § 222 für sich allein. Denn wenn ein Rechtsverhältniß mit irgend einer juristischen Wirkung ausgestattet ist und ihm nur die Klagbarkeit genommen wird, so ist das begrifflich eine Naturalobligation, möge es nun von dem Gesetze ausdrücklich als solche bezeichnet werden oder nicht.

[23a]) Mot. 312, 344.

spruch, dem das Pfand dient, nicht untergegangen ist, sondern daß derselbe nur nicht mehr voll wirksam, nämlich nicht mehr im Wege der Klage durchzusetzen ist.

Demselben Gedanken entstammt die Vorschrift des zweiten Absatzes in § 223, daß, wenn zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht übertragen worden ist, die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs gefordert werden kann.[24])

Auch der Bürge wird bei Verjährung der Hauptschuld nicht ohne Weiteres frei; er hat die Möglichkeit, die Leistung zu verweigern, wie der Hauptschuldner. Nach dem B. G.B. 768 kann der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen: also auch die Verjährungseinrede.

Eine praktisch wichtige Einschränkung erleidet die Wirkung der Verjährung nach § 390 S. 2 ferner dadurch, daß eine verjährte Forderung noch zur Aufrechnung verwendet werden kann,

> „wenn sie zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war".[24a])

Es ist das eine Ausnahme von § 390 S. 1, wonach eine Forderung, welcher eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden kann.

Die verjährte Forderung zeichnet sich durch ihre Aufrechnungsfähigkeit vor den übrigen im B. G.B. vorkommenden natürlichen Verbindlichkeiten aus, da die Motive[24b]) es allgemein für ausgeschlossen erklären, daß eine naturalis obligatio zur Aufrechnung benutzt werden könne. Letztere setzt nach den Prinzipien des B. G.B. die rechtliche Erzwingbarkeit der Forderung, welche zur Aufrechnung benutzt werden soll, voraus. Wenn das Gesetz jedoch im Anschluß an die bisherige Preußische Gesetzgebung[25]) die Aufrechnung mit verjährten Forderungen unter der in § 390 Abs. 2 gegebenen Voraussetzung zuläßt, so war das vom Standpunkt der Billigkeit und Zweckmäßigkeit aus geboten. Die allgemeine Zulassung der

---

[24]) Die sog. fiduziarische Verpfändung steht hierbei also der wirklichen gleich. Mot. I 345, Komm.-Prot. I 236. Auf die Sicherheitsleistung durch Bürgen bezieht sich die Vorschrift nicht. s. oben.

[24a]) Vgl. Dig. 13,5 fr. 18 § 1.

[24b]) Motive II 106.

[25]) A. L.R. I 16 § 377.

Aufrechnung mit verjährten Gegenforderungen würde allerdings dem Zwecke der Verjährung zuwiderlaufen, die allgemeine Ablehnung wäre unbillig, weil der Schuldner keine Veranlassung hatte, seine Forderung geltend zu machen, so lange der Gegner nicht mit seiner Forderung hervortrat. Daher wird vom B. G.B. die Aufrechnung mit einer verjährten Gegenforderung zugelassen, wenn zu der Zeit, als die Forderung und Gegenforderung aufgerechnet werden konnten, die Verjährung noch nicht eingetreten war.[26]) Demgemäß ist die Aufrechnung ausgeschlossen, wenn Kompensant zur Zeit der Beendigung der Verjährung seiner Forderung noch nicht berechtigt war, die Gegenforderung des Kompensaten zu erfüllen.

Für das Fortbestehen der verjährten Forderung spricht besonders auch § 478: trotz Verjährung des Anspruchs auf Wandelung oder Minderung des Kaufpreises ist der Käufer doch berechtigt, die hieraus entspringenden Rechte geltend zu machen, wenn er dem Verkäufer den Mangel vorher angezeigt hat. Hier besteht ein Recht ohne Anspruch![27])

Allerdings macht das B. G.B. in den §§ 223 Abs. 3 und 224 wiederum einige Ausnahmen zu Gunsten der Anspruchsverjährung. Hiernach sollen die Vortheile, die den Pfandgläubigern nach verjährter Schuld verbleiben (222 Abs. 1 und 2), von ihnen nicht wegen bloßer Zinsrückstände oder anderer wiederkehrender Leistungen ausgeübt werden. Es sind dies Zweckmäßigkeitsbestimmungen, die übrigens zum Theil schon in ähnlicher Weise für das römische Recht, getroffen waren.[29]) Es kommt aber zum Nachweise, daß der verjährte Anspruch eine naturalis obligatio übrig läßt, gar nicht darauf an, zu zeigen, daß er noch alle Wirkungen, abgesehen von der Klagbarkeit, äußert, es genügt schon der Nachweis, daß er noch irgend einer rechtlichen Wirkung, sei es, welche es wolle, fähig ist.

---

[26]) Ganz übersehen hat die Aufrechenbarkeit einer verjährten Forderung Leonhard, Aufrechnung der vorjährigen Forderung (1896) S. 166. Schon deshalb kann seine Behauptung nicht gebilligt werden, daß nach Bürgerlichem Gesetzbuch die condictio indebiti auf Grund irrig unterlassener Aufrechnung ohne Bedeutung sei.

[27]) Endemann, Einf. i. d. Stud. des B. G.B. I 32 Anm. 2.

[28]) Mot. I 345.

[29]) l. 26. pr. C. de usuris 4, 32; Dernburg, Pand. § 150 Anm. 12 und 13. Mot. I 345.

Vollauf bestätigt aber wird das Ergebniß, zu dem wir soeben gelangt sind, durch die Vorschrift des § 222 Abs. 1, deren Bedeutung jetzt ohne Weiteres klar sein wird; es liegt offenbar in ihrem Sinne, daß durch die Verjährung der Anspruch nicht völlig erlöschen soll.

Es heißt daselbst: „Nach der Vollendung der Verjährung ist Verpflichtete berechtigt, die Leistung zu verweigern".

Das B. G.B. läßt also durch die Verjährung nicht das Recht auf die Leistung untergehen, sondern nur das Recht ihrer Verweigerung entstehen: die Verjährung begründet also nur eine civilrechtliche Einrede gegen den Anspruch. Dies war auch schon im gemeinen Recht herrschende Ansicht.[30])

Der Verpflichtete „ist berechtigt", er hat das Recht, die Leistung zu verweigern. Da aber Niemand gezwungen wird, von Rechten, die ihm zustehen, Gebrauch zu machen, so braucht auch der Verpflichtete von dem ihm aus der Verjährung erwachsenen Rechte keinen Gebrauch zu machen, wenn er nicht will. Im Falle eines Verzichts auf die Einrede erlangt also auch der Anspruch, ohne daß es einer Wiederherstellung bedarf, seine volle Kraft wieder. Versäumt er die Geltendmachung der Einrede im Prozesse, so wird er verurtheilt, denn die Verjährung ist richtiger Ansicht nach nicht von Amtswegen zu berücksichtigen.[31]) Schon aus dem Begriffe der Einrede folgt, daß sie nur berücksichtigt werden kann, wenn der Präskribent sich auf sie beruft. Das ganze Institut der Verjährung

---

[30]) Vgl. Regelsberger Pand. I § 186 und Jahrbuch für Dogmatik des Priv.-R. Bd. 41 N F. V S. 328; Windscheid Bd. I § 112. Dernburg Pand. I § 137 und § 150, Foerster-Eccius, Pr. Priv.R. Bd. 1 § 46, Mot. I 341; Unterholzner, Verjährungslehre I § 138; Leske, Vgl. Darstellung des B. G.B. u. A. L.R. S. 112 ff.

[31]) Endemann a. a. O. I S. 395, Planck II S. 49 und 243; Friedenthal, Einwendung und Einrede S. 51 ff. Nicht zutreffend ist, wenn Seeler, Archiv f. bürg. R. Bd. 15 S. 112 ff. ausführt, daß wegen des Verweigerungsrechts eine Leistungspflicht des Schuldners nicht mehr bestehe. Gegen die Fassung der Verjährungswirkung in der Form einer materiellrechtlichen Einrede wendet sich, hierin in Uebereinstimmung mit Fischer (Recht und Rechtsschutz § 8) und Hölder (Archiv f civ. Praxis Bd. 73 S. 141, Bd. 80 S. 48 u. Archiv f. bürg. Recht Bd. 11 S. 217 ff.; Heymann, Vorschützen der Verjährung S. 161 ff. Vgl. auch noch Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung S. 166 ff.; Krüll, Archiv für civ. Praxis I S. 402; Muther, Krit. Vierteljahresschrift IX S. 357.

dient ja nicht so sehr dem öffentlichen Interesse, als dem Interesse des Beklagten. Wenn der Beklagte von dem ihm in Folge Zeitablaufs erwachsenen Vertheidigungsmittel keinen Gebrauch machen will, so ist kein Grund vorhanden, ihm diese Vertheidigung aufzudrängen.[32])

So hat denn das Prinzip der Anspruchsverjährung, welches zum ersten Male in ein Gesetz aufgenommen werden sollte, in der Praxis sich nicht konsequent durchführen lassen; die Benennung als Verjährung des Anspruchs stimmt nicht überein mit der positiven Gestaltung des Verjährungsrechts; die einzelnen Rechtswirkungen aber können wir juristisch dadurch angemessen begründen, daß wir sagen, es wird gesetzlich die verjährte Forderung als eine natürliche Verpflichtung anerkannt.[33])

§ 4.

Spiel und Wette, Differenzgeschäft.

Im Gegensatz zur verjährten Forderung kommen den übrigen unvollkommenen Schuldverhältnissen nur schwächere Wirkungen zu.[1]) Während die verjährte Forderung außer der Klage fast alle Wirkungen einer gültigen Forderung haben kann, insbesondere zur Aufrechnung, zur Grundlage eines Schuldanerkenntnisses dienen und durch Pfandrechte gesichert werden kann, fehlen in den folgenden Fällen diese Wirkungen.[2])

---

[32]) Motive I 341.

[33]) Planck a. a. O. S. 243, Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 397, Eck, Vortr. S. 78.

[1]) Uebereinstimmend sagt Endemann, Einf. i. d. Stud. d. B. G. B. (1899) I S. 847:

> Die Ablehnung der rechtlichen Anerkennung ist indessen gegenüber der Forderung aus dem Spiel stärker als bei den anderen natürlichen Verbindlichkeiten.

[2]) Vgl. Endemann a. a. O. I S. 420, 847 ff., Dernburg, Bürg. Recht, II 2 S. 141 ff., Planck, Komm., Bemerkung zu 762 ff., Stammler, Schuldverhältnisse S. 29, Matthiaß, Lehrb. d. bürg. R. I 638, Scherer, Schuldverhältnisse § 762 S. 1070, Müller und Meikel, Das bürgerliche Recht in seiner neuen Gestalt, I 391, Ubbelohde in Iherings Jahrb. Bd. 38 N. F. II. Mot. II. 644. Cosack, Lehrb. des Deutsch. bürg. R. § 156.

Es gehören hierher Spiel und Wette und die ihnen analog zu behandelnden Fälle aus den §§ 762—764, ferner das Versprechen eines Ehemäklerlohns (§ 656).

Das Gesetz sagt in § 762 ausdrücklich:

> „Durch Spiel und Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet"

und ebenso in § 656:

> „Durch das Versprechen eines Lohns für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe wird eine Verbindlichkeit nicht begründet."

Weiter aber heißt es in beiden Fällen:

> „Das hierauf Geleistete kann jedoch nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat."

Wenn es also in den angeführten Stellen zunächst heißt: „eine Verbindlichkeit wird nicht begründet," so ist das daraus zu erklären, daß das Gesetz unter der aus einem Schuldverhältniß hervorgehenden Verbindlichkeit grundsätzlich die klagbare Verbindlichkeit versteht,[3]) daß aber dort, wo die Leistung, wenn auch nicht erzwingbar, so doch erfüllbar, das Gesetz damit ausnahmsweise unvollkommene Schuldverhältnisse zulassen will. Anderenfalls müßte man die Vorschriften der §§ 762 und 656 S. 1 und 2 als eine Konsequenz der Vorschriften des § 138 Abs. 1 und des § 817 S. 2 betrachten, nach welchen ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig ist, das auf Grund eines solchen Rechtsgeschäfts Geleistete aber, wenn auch der Versprechende durch die Eingehung der Verbindlichkeit gegen die guten Sitten verstoßen hat, nicht zurückgefordert werden kann.[4])

Dies ist aber nicht richtig: Einmal kann man nicht sagen, daß die Vorschrift des § 762 über Spiel und Wette auf dem Gesichtspunkte beruhe, daß Spiel und Wette allgemein als unsittlich anzusehen seien. Dieser Gedanke hat auch in der Fassung des Gesetzes einen Ausdruck nicht gefunden, sondern es ist meines Er-

[3]) Vgl das auf S. 19 ff. Gesagte.

[4]) Mot. II 646, Planck, Komm. II 500, 502, Endemann a. a. O. I 846 f.

achtens aus derselben Folgendes zu entnehmen: Nicht wollte das Gesetz den in Frage stehenden Verträgen, wie z. B. den wucherischen in § 138 II., mit der Klagbarkeit jede Anerkennung versagen, sie also für nichtig erklären, sondern sich mit der bloßen Versagung der Klage begnügen. Diese Auffassung findet ihre Bestätigung durch das Gesetz selber, denn es sagt ja weiter: „Das Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat." Die Rückforderung ist also nur ausgeschlossen, wenn sie lediglich aus diesem Grunde erfolgen soll, eine Rückforderung des Geleisteten aus anderen Gründen z. B. wegen Betrugs, Drohung oder weil der Empfänger durch die Annahme wider ein gesetzliches Verbot verstoßen habe, ist also zulässig.[5]) Danach wird bei der Wette die Rückforderung nicht ausgeschlossen sein, wenn der Empfänger bei Schließung des Vertrages vom Ausgang der Wette Gewißheit gehabt und dies dem anderen Theile verschwiegen hat.

Man muß also zu dem Ergebniß kommen, daß es sich hier ebenfalls um unvollkommene Rechtsverhältnisse handelt, indem das Gesetz nach allgemeinen Grundsätzen an sich gültigen Schuldverhältnissen aus besonderen Gründen die Anerkennung bis auf einzelne Wirkungen versagt.[5a])

Es ergiebt sich daher ohne Weiteres aus der eben gegebenen Charakterisirung dieser Schuldverhältnisse als unverbindlicher, daß die Aufrechnung bei ihnen ausgeschlossen ist.[6]) Denn letztere setzt nach den Prinzipien des Entwurfs[7]) rechtliche Erzwingbarkeit der Forderung, welche zur Aufrechnung benutzt werden soll, voraus. Es ergiebt sich das aus § 387 des B. G.B., hiernach kann jeder Theil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Theils aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern kann." Steht also einer klagbaren Forderung eine Naturalobligation (§§ 762, 656) gegenüber, so kann wohl der Gläubiger der klagbaren Forderung, nicht aber der Gläubiger der Naturalobligation

[5]) Mot. II 645, 646.

[5a]) Planck, Komm. Vorbem. 1 zu § 762 S. 500, Endemann a. a. O. I 846, 847.

[6]) Fischer-Henle § 762 Bem. 3, Endemann a. a. O. I 847, R.G. Bd. 5 S. 124.

[7]) Mot. II 106 und 644.

aufrechnen,[8]) eine in gegenseitigem Einverständniß geschehene Aufrechnung hat auch bei Spielschulden die Wirkung der Zahlung.[9])

Auch die Uebernahme einer Bürgschaft für eine Spielschuld ist ohne rechtliche Wirksamkeit, denn die Bürgschaft setzt ebenfalls eine rechtsgültige Hauptverpflichtung voraus. Das Gleiche muß von der Bestellung eines Faustpfandes zur Sicherung einer Spielforderung gelten.[10])

Das B. G.B. behandelt den Wettvertrag ebenso wie den Spielvertrag. Anders das bisherige Recht.[11])

Die heutige Rechtsordnung nimmt jedoch an der Erfüllung des Spiel- und Wettvertrages kein Interesse. Ein volles Verbot mit Rückforderung des Geleisteten ginge aber zu weit und würde gegen die thatsächliche Uebung verstoßen. Der Ausschluß der Rückforderung empfiehlt sich auch deshalb, weil Prozesse über Spiel- und Wettschulden, gleichviel ob die Leistung erfolgt ist oder nicht, überhaupt nicht zuzulassen sind.[12]).

Da eine Verbindlichkeit durch den Spiel- und Wettvertrag gar nicht zu Stande kommt, so kann auch eine Forderung hieraus weder gerichtlich noch außergerichtlich geltend gemacht werden. Dies gilt für beide Parteien und für alle Ansprüche, die durch den Vertrag begründet sein könnten. Es kann daher weder die Zahlung eines Einsatzes noch die Auszahlung eines Gewinnes noch die Entfaltung einer Thätigkeit zur Entscheidung des Spiels oder der Wette noch überhaupt die Betheiligung am Spiel verlangt werden.[13])

---

[8]) Hölder, Komm. § 387 Bem. 1 c.

[9]) Dernburg a. a. O. II S. 142; vgl. R.G. Bd. 1 S. 129, Jur. Wochenschrift 1896 S. 160 n. 6. R.G. Bd. 38 S. 238.

[10]) R.G. Bd. 35 S. 288; Planck II § 762, Bem. 1 a; Matthiaß, Bürg.R. I 638 sagt nur:

> „eine Verbürgung für die Spielschuld ist wohl nicht als gültig anzusehen".

[11]) Während nach römischem Recht das Spiel im Allgemeinen verboten war, war die Wette erlaubt und klagbar. Im deutschen und preußischen Recht war dem Spiel ebenfalls die Klagbarkeit versagt, das freiwillig Gezahlte konnte aber nicht zurückgefordert werden, was durch den Satz „Spielschulden sind Ehrenschulden" zum Ausdruck gelangte, Wetten sind dagegen auch hier gültig und klagbar. A. L.R. I 11, §§ 578/579.

[12]) Mot. II 644.

[13]) Planck, Komm. zu § 762 Bem. 1 a.

Es bedarf auch nicht erst der Geltendmachung der Einrede, sondern die Unverbindlichkeit und Klaglosigkeit der Spiel- und Wettverträge ist im Prozesse von Amtswegen zu berücksichtigen. Die Klage ist abzuweisen, selbst wenn der Beklagte sich nicht auf die Klaglosigkeit berufen will[14])

Versagt aber einerseits das Gesetz die Rechtsmittel zur Herstellung des von den Betheiligten gewollten Rechtserfolges, so giebt es doch andererseits kein Rechtsmittel zur Wiederaufhebung des durch vertragsmäßige Erfüllungsleistung einmal geschaffenen Rechtszustandes.

Schon nach allgemeinen Grundsätzen würde der Anspruch auf Rückzahlung des zur Erfüllung eines Spiel- oder Wettvertrages Geleisteten ausgeschlossen sein, „wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach",[15]) § 814. Die spezielle Vorschrift des § 762 S. 2 geht darüber hinaus. Es heißt daselbst: „Das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat."

Da hiernach das Nichtbestehen einer Verbindlichkeit einen Grund zur Rückforderung des Geleisteten nicht gewährt, so ist diese natürlich auch dann ausgeschlossen, wenn der Leistende nicht gewußt hat, daß es sich um eine Spiel- oder Wettschuld handelte.[16])

---

[14]) Planck a. a. O. II § 762 Bem. 1 b. Endemann a. a. O. I S. 847 sagt:

> Die Einrede, daß die Schuld einem Spielvertrage entstamme, ist eine absolut zerstörende, die in jeder Instanz und selbst bei der Vollstreckung nach erhoben werden kann.

Dernburg, Bürg. R. II, 1 S. 10:

> Die Unwirksamkeit des Spiels ist von Amtswegen zu berücksichtigen, insbesondere auch im Versäumnißverfahren.

[15]) Planck Komm. § 762 Vorbemerkung. Jhering, Zweck im Recht Bd. 2 S. 284 bemerkt in dieser Hinsicht treffend:

> „Die Sitte verlangt, daß man das im Spiel Verlorene zahle, auch wenn das Recht einen Anspruch darauf nicht zugesteht oder wohl gar das Spiel verboten hat; wer seine Spielschulden entrichtet, schenkt nicht, sondern bezahlt.

[16]) Scherer, Schuldverhältnisse S. 1070 Bem. 2 schließt dieses daraus, daß das Gesetz nur sagt: „Das Geleistete" und nicht „das freiwillig Geleistete".

Insbesondere ist hiernach die Rückforderung auch den Erben versagt, welche in Unkenntniß von dem wirklichen Entstehungsgrund der Schuld geleistet haben.[17])

Es wird aber eine Leistung auf Grund einer Spielschuld nicht nur dann vorliegen, wenn diese damit direkt erfüllt wird, sondern auch wenn etwas an Erfüllungsstatt geleistet wird z. B. Hingabe einer Sache oder Cession einer Forderung behufs Tilgung einer Spielschuld. Dies könnte freilich leicht zur Umgehung des die Spielschuld für unklagbar erklärenden Gesetzes führen, indem die beim Spiel Betheiligten die Spielschuld einfach durch Rechtsgeschäft in eine formell juristisch davon verschiedene Schuld umwandeln z. B. durch Umwandlung der Spielschuld in eine Darlehnsschuld, durch Ertheilung eines Schuldversprechens oder durch Hingabe eines Wechsels auf die Spielschuld.

Deshalb hat man es jedenfalls für zweckmäßig erachtet, die Frage im Gesetz ausdrücklich zu entscheiden,[18]) indem § 762 Abs. 2 die Vorschriften des Absatz 1 auch gelten läßt für „eine Vereinbarung, durch die der verlierende Theil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld dem gewinnenden Theile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuld-Anerkenntniß."

Hat also Jemand über eine Spiel- oder Wettschuld ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß ertheilt, so hat er gegen den Anspruch auf Erfüllung die Einrede, daß die Anerkennung sich auf eine Spiel- oder Wettschuld bezogen habe, sowie den Anspruch auf Befreiung von der aus der Anerkennung sich ergebenden Verpflichtung. Ist aber auf Grund des Versprechens oder Anerkenntnisses geleistet, so kann das Geleistete nicht zurückgefordert werden. Dasselbe muß von der für eine Spielschuld eingegangenen Darlehns- oder Wechselschuld gelten und allen sonstigen zum Zwecke der Erfüllung einer Spielschuld eingegangenen Verbindlichkeiten.

So die in der Litteratur vorherrschende Auffassung.[19]) Ihr

---

[17]) Mot. II 644.

[18]) Komm.-Prot. S. 800.

[19]) Vgl. Endemann, Einf. i. d. Stud. d. B.G.B. I S. 847 u. S. 420; Planck II S. 504; Cosack, Deutsches bürgerl. R. I § 162, Note 14; Dernburg, Bürgerl. R. II 2, § 213, S. 142, Müller-Meikel I 391; Scherer, Kommentar § 762 hält das Anerkenntniß selbst dann für ungültig, wenn es

entgegen hält Stammler[20]) das Anerkenntniß der Schuld sowie jede andere zwecks Erfüllung eingegangene Verbindlichkeit für gültig. Er sagt das zwar ausdrücklich nur bezüglich der aus der Heirathsvermittelung entstandenen Verbindlichkeiten, aber da er gleich im Anschluß daran hinzufügt, die gleiche Bestimmung gelte für Forderungen aus Spiel und Wette, so muß man dem gleichen Wortlaut der §§ 656 und 762 entsprechend annehmen, daß er auch in diesem Fall das Anerkenntniß für gültig hält.

Es erscheint mir sehr unwahrscheinlich, daß Stammler bei der m. E. unzweideutigen Fassung des § 762 wirklich die entgegengesetzte Auffassung haben sollte. Er wollte jedenfalls nur sagen, das Anerkenntniß einer Spielschuld sei insofern gültig, als das darauf Geleistete nicht zurückgefordert werden kann. Mit dieser abgeschwächten Wirkung spricht auch Matthiaß[21]) von der Gültigkeit eines Anerkenntnisses der Spielschuld, wie er ja denn auch an anderer Stelle[22]) bezüglich der rechtlichen Bedeutung einer Spielschuld ausdrücklich sagt: In der Nichtrückforderung erschöpft sich die Bedeutung der Naturalschuld des Spielers.

Es ist aber wohl nicht richtig, dort von einem gültigen Schuldanerkenntniß oder überhaupt von einer gültigen Verbindlichkeit zu sprechen, wo das Gesetz das Zustandekommen einer solchen ausdrücklich verneint.

Da es sich hier um die Klarlegung einer Gesetzesstelle von prinzipieller Bedeutung handelt, seien hier die Auslassungen von Eccius[23]) zu dieser Stelle des Stammler'schen Buches angeführt.

---

in die Form einer Schenkung eingekleidet ist. Dem ist beizupflichten, denn auch gegenüber der Klage aus dem Schenkungsversprechen könnte eingewendet werden, daß sich dasselbe auf eine Spielschuld beziehe. Für unsere Auffassung sprechen auch die Motive (II 645): Der Entwurf I gewährte demjenigen, welcher über ein Spiel oder eine Wette ein Schuldanerkenntniß ertheilt hatte, das Recht, die Erfüllung zu verweigern, und daneben das Recht, Befreiung von der Verpflichtung zu verlangen. Die 2. Kommission (Prot. S. 800) hat es für einfacher gehalten, die Vorschriften des Abs. 1 für anwendbar zu erklären.

[20]) Stammler, Bürgerliches Gesetzbuch in Einzeldarstellungen. Allgemeiner Theil der Schuldverhältnisse S. 29.

[21]) Matthiaß, Bürg. R. I S. 293 ff.

[22]) Matthiaß a. a. O. I 638.

[23]) Eccius bei Besprechung des Stammler'schen Buches in den Beitr. z. Erl. des Deutschen Rechts Bd. 42 S. 202.

Er sagt: Der Verfasser hat den klaren Sinn der Bestimmung dahin mißverstanden, daß wie die Zahlung auch das Anerkenntniß und jede andere zum Zwecke der Erfüllung getroffene Vereinbarung unwiderruflich sei. Er sieht nicht, daß bei solchem Standpunkt die die §§ 656 (762) besser aus dem Gesetzbuch fortgelassen wären, weil sie dann nie zur praktischen Anwendung kommen würden, und er übersieht, daß der Abs. 2 dieser Paragraphen mit dem Plural „Vorschriften" beginnt. Hätte das Gesetz den ihm von Stammler unterstellten Sinn haben sollen, so hätte es wenigstens heißen müssen: diese Vorschrift, d. h. die Vorschrift des letzten Satzes im ersten Absatz des Paragraphen. Dann wäre in der That ein zwecks Erfüllung einer Spielschuld abgegebenes Anerkenntniß oder Schuldversprechen gültig, aber das widerspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes." —

Es knüpfen sich hieran eine Anzahl Fragen, um welche bereits im bisherigen Rechte viel gestritten wurde und über die auch im neuen Recht keine Einigkeit herrscht, da dieselbe vom B. G.B. nicht ausdrücklich geregelt sind.

Wie steht es mit dem zu Spielzwecken gegebenen Darlehen? Das bisherige Recht schließt zum großen Theil die Rückforderung desselben aus[24]). Der Entwurf I hatte keine dahin gehende Norm aufgestellt, weil dies durch den hierbei maßgebenden Zweck einer Einschränkung des Spiels und der Wette nicht gerechtfertigt werde und aus einer solchen allgemeinen Vorschrift unbillige Härten entstehen könnten.[25]).

Eine allgemeine Erstreckung der für Spielverträge gegebenen Vorschriften auf Darlehen zu Spielzwecken kann aber nicht als im Sinne des Gesetzes liegend betrachtet werden.[26])

Es wird vielmehr von den besonderen Umständen des einzelnen Falls abhängen, ob der Richter die Dahrlehnsklage abweisen darf, weil das Darlehen zur Beförderung des Glücksiels gegeben wurde.

Darüber kann wohl füglich kein Zweifel bestehen, daß die Rückforderung eines Darlehens, das der Gewinnende dem Verlierenden

---

[24]) A. L.R. I 11 § 581; vgl. f. R.G. Bd. 5 S. 238, Stobbe, Deutsches Priv.-Recht III § 194 Anm. 28. Sächs. Arch. f. bürg. R. Bd. 1 S. 419 ff.

[25]) Mot. II 646.

[26]) Ebenso Planck II § 762 Einl. S. 502 III; Endemann, a. a. O. I § 187 Anm. 7.

gewährt, um ihm das Weiterspielen zu ermöglichen, ausgeschlossen werden muß, zumal der „Gläubiger" oft die gegebene Summe schon während des Spiels wird wiedergewonnen haben; soll ihm das Recht zustehen, die Summe nochmals als Darlehnsschuld zu fordern? Das Gesetz darf dieses von den verderblichsten Folgen begleitete Treiben nicht dulden.[27])

Dahingegen wird die Gültigkeit eines Darlehens nicht in Zweifel gestellt werden dürfen, das man dem Verwandten oder Freunde giebt, damit er sich von den bereits gemachten Spielschulden, die eine perverse soziale Auffassung zu Ehrenschulden stempelt, sich befreien. Denn die Bezahlung von bestehenden Spielschulden ist nicht verboten. Es würde auch gegen Anstand und Sitte verstoßen, wollte das Recht in einem Falle, wie dem oben angeführten, die Klage versagen.

Zweifelhaft ist ferner die Rechtslage, wenn der Betrag des Verlustes im voraus zu Gunsten des Gewinners bei einem Dritten hinterlegt oder dem Gegner übereignet ist, falls nachher der Gewinn eintritt. Hier muß m. E. die Rückforderung des im voraus Geleisteten ebenfalls auf Grund § 762 Abs. 1 ausgeschlossen werden, da es darauf nicht ankommen kann, ob vor oder nach der Entscheidung des Spiels geleistet wurde.[28]) Denn es ist ja bei den meisten Spielen Brauch, daß vorher ein Einsatz gemacht wird, durch

---

[27]) Endemann a. a. O. S. 847 Anm. 7; Planck a. a. O. II 502 III, Dernburg B. R. II 2. 143 III; Oertmann a. a. O. § 762 S. 488 Ziff. 2, Matthiaß a. a. O. I S. 638, Mot. II 646; anderer Meinung Cosack a. a. O. Bd. 1 § 156 Anm. 13; Müller-Meikel, B. R. I 391 geht allerdings zu weit, wenn er sagt: Wird eine Verbindlichkeit zur Erfüllung einer Spielschuld dritten Personen gegenüber eingegangen, so ist diese unter allen Umständen gültig.

[28]) Matthiaß a. a. O. I 638 bemerkt ganz richtig: Die Leistung, mag sie vorher oder nach der Entscheidung der Bedingung erfolgt sein, kann aber nicht wegen der Regirung einer Verbindlichkeit zurückgefordert werden, wohl aber, wenn die Entscheidung überhaupt nicht oder nicht rite getroffen wird. Uebereinstimmend Fischer-Henle Komm. § 762 Bem. 3, Oertmann § 762 1 a und b; Cosack Bd. 1 § 156 II 2 b; Planck II S. 504 Bem. 2 a sagt: Ob in der Hinterlegung des Einsatzes eine Leistung auf Grund des Spiels oder der Wette zu sehen ist, entscheidet sich nach den Umständen des einzelnen Falls. Müller-Meikel, B. R. I 391 schließt die Rückforderung des von dem Spiel Geleisteten aus, selbst wenn dies mit der ausgesprochenen Absicht geschehen, diesen Betrag zur Bezahlung von Spielschulden zu verwenden.

den der eintretende Verlust gedeckt werden soll; es würden in der That nur wenig Spiele zu Stande kommen, wollte man dem verlierenden Theile das Recht zugestehen, hinterher den Einsatz zurückzufordern. Natürlich wird das Spiel zur Entscheidung kommen müssen, da es sonst an einem Grunde für die Leistung fehlen würde. Andere[29]) dagegen halten auch bezüglich der im voraus stattfindenden Deckung den Gesichtspunkt für maßgebend, daß dadurch das Spielwesen gefördert werde und schließen deshalb die Rückforderung des im voraus Geleisteten nicht aus; nur das bei dem Spiel oder nach dem Spiel Geleistete — meint Dernburg[29]) — könne nicht zurückgefordert werden", was wohl soviel bedeuten soll, wie das während des Spiels zur Deckung des jedesmaligen Verlustes Gezahlte; damit bleibt aber die Frage nach dem Einsatz, der ja vor der Entscheidung des Spiels gezahlt zu werden pflegt, unbeantwortet.

Zweifel bestehen darüber, ob eine Verbindlichkeit zur Vornahme eines Spiels oder zur Betheiligung an einem Spiel durch einen Auftrag oder Gesellschaftsvertrag begründet werden kann. Das B. G.B. giebt auch hierüber keine Auskunft. Derartige Geschäfte könnten ebenfalls, wenn sie einen unsittlichen Charakter annehmen, nichtig sein, aber als maßgebend darf § 138 nicht erachtet werden, da es sonst nicht des § 762 bedurft hätte. Bei dem Mangel einer besonderen Gesetzesvorschrift hierüber geben manche[30]) die Klagbarkeit solcher Geschäfte zu.

Es darf doch nicht übersehen werden, daß die Form des Auftrags u. s. w. nur zur Umgehung der Bestimmungen über die Klaglosigkeit der Spielgeschäfte gewählt;[31]) liegt es da nicht im Sinne

---

[29]) Dernburg, B. R. II$_2$ S. 143; Scherer, Schuldverhältnisse S. 1070 meint: Das „auf Grund des Spiels Geleistete heißt des vollendeten Spiels. Die Entscheidung (im Spiel) muß gefallen und dem Zahlenden bekannt sein. Dasselbe soll betr. des Einsatzes gelten". M. E. kann hiermit nur gemeint sein, daß die Rückforderung des Geleisteten, insbesondere des Einsatzes, erst dann ausgeschlossen ist, wenn das Spiel vollendet ist, d. h. die Entscheidung gefallen ist; es genügt aber wohl, wenn mit Rücksicht auf die bevorstehende Entscheidung geleistet wurde.

Vgl. R. G. Bd. 38 S. 232 und Börsengesetz § 66 Abs. 3.

[30]) Matthiaß I 638, Oertmann, Schuldverhältnisse S. 488, Neumann, Bürgerliches Gesetzbuch Handausgabe S. 350, Bingner im Sächs. Archiv Bd. 6 S. 4 und Tränkner ebenda Bd. 9 S. 186 ff.

des Gesetzes, ebenso wie beim Spiel selber (§ 762), die Klage auszuschließen. Das Reichsgericht hat sich dafür entschieden;[32]) den Auftrag sowie alle sonstigen Verträge, welche Spiel zum Inhalt haben, mangels eines schutzwürdigen Interesses gleich dem Spiel selber für unklagbar zu erklären. Diese Ansicht scheint die herrschende zu sein und ihr ist wohl beizupflichten.[33])

Hat der Beauftragte den Auftrag aber ausgeführt, so liegt kein Grund vor, ihn von der Herausgabe zu befreien. Er ist hierzu nach § 667 verpflichtet.[34])

Die Vorschriften des § 762 über Spiel und Wette sollen nun nach § 763 B. G.B. auch Anwendung finden auf einen Lotterie- oder Ausspielvertrag, wenn die Lotterie oder Ausspielung staatlich nicht genehmigt ist.[35])

Wegen des rein aleatorischen und darum des Rechtsschutzes nicht würdigen Zweckes dieser Verträge, sah sich der Gesetzgeber veranlaßt, diese Verträge, sofern die Lotterie nicht staatlich concessionirt ist, dem Spiel analog zu behandeln. Sie sind daher in diesem Falle auch als unvollkommene Schuldverhältnisse anzusehen.[36])

Ist die Lotterie oder Ausspielung nicht genehmigt, so wird also durch den Lotterie- oder Ausspielvertrag eine Verbindlichkeit nicht begründet. Es kann weder die Zahlung des Einsatzes noch die Vornahme der Ziehung, noch die Ausantwortung eines Gewinnes verlangt werden, das Geleistete kann aber nicht zurückgefordert werden.

---

[31]) Vgl. R.G. 40 S. 259, ferner Börsengesetz § 66 Abs. 2, welches Aufträge und Vereinigungen zum Abschluß von Börsentermingeschäften diesen selbst gleichstellt.

[32]) R.G. 40 S. 256.

[33]) So Dernburg, B.R. II$_2$ S. 142; Endemann a. a. O. § 187 Anm. 7; Planck II S. 502 III.

[34]) Dernburg a. a. O. II$_2$ S. 142.

[35]) Vgl. die Litteratur bei Endemann, Einf. i. d. Stud. d. B. R. I S. 850 Anm. 1.

[36]) Daß dies der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches ist, ergiebt § 763 durch die Verweisung auf § 762. Vgl. Endemann a. a. O. S. 850 Anm. 2. Dagegen wollen andere den Lotterie- und Ausspielvertrag auch heute noch als Hoffnungskauf aufgefaßt wissen, vgl. vor allem Georg Cohn in W. Endemann's Handbuch des H.R. III S. 36 f.; ferner Matthiaß, B. R. I 638, Dertmann S. 488 ff.

Für die Anwendung des § 763 macht es keinen Unterschied, ob die Lotterie oder Ausspielung öffentlich oder für einen beschränkten Kreis, ob sie vom Staat oder einer Privatperson veranstaltet ist. Denn jede Lotterie ist Spiel.

Für die öffentlichen Lotterien nimmt der Staat das Monopol in Anspruch. Darum ist Privatpersonen die Veranstaltung öffentlicher Lotterien ohne obrigkeitliche Genehmigung bei Strafe verboten, (Str.G.B. § 286). Die diesem Verbot zuwider geschlossenen Verträge werden daher gemäß § 134 B. G.B. nichtig sein, und die auf Grund eines solchen verbotenen Lotterie- oder Ausspielvertrags gemachten Zahlungen können daher zurückgefordert werden (§§ 812, 817), nicht dagegen Zahlungen auf Grund eines Privatvertrages der genannten Art ohne obrigkeitliche Genehmigung. Die Vorschrift des § 763 trifft die privaten Lotterie- und Ausspielverträge, welche in einem geschlossenen Personenkreise veranstaltet werden.[37])

Nach § 764 „ist ferner als Spiel anzusehen ein Vertrag über Lieferung von Waaren oder Werthpapieren, wenn derselbe in der Absicht geschlossen wird, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreis der Lieferungszeit von dem verlierenden Theil an den gewinnenden gezahlt werden soll. Dies gilt auch dann, wenn nur die Absicht des einen Theils auf die Zahlung des Unterschiedes gerichtet ist, der andere Theil aber diese Absicht kennt oder kennen muß".

Es wird also nicht erfordert, daß die effektive Erfüllung vertragsmäßig ausgeschlossen, daß also der Vertrag als „reines Differenzgeschäft" abgeschlossen ist. Es wird auch nicht erfordert, daß überhaupt, wenn auch nur eventuell oder bedingungsweise, die Erledigung des Geschäfts durch Zahlung der Differenz vereinbart ist. Jedes Geschäft, welches äußerlich als reines, einfaches Lieferungsgeschäft erscheint, kann Differenzgeschäft sein.[38]) Wann dies der

[37]) Fischer-Henle, Komm. § 763 Bem. 3 und 4; Endemann a. a. O. § 188 S. 851; Schepp, Das öffentliche Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch (1899) S. 58 f.

[38]) „Denn wo", sagt Cosack, Handelsrecht 4. Aufl. S. 401, „wäre ein Termingeschäft, bei welchem die Parteien nicht mindestens nebenbei auf die Zahlung des Unterschiedes zwischen dem vereinbarten Preise und dem Preise der Lieferungszeit abzielten? Vgl. hiergegen Dernburg, B.R. II 2 S. 144, 145; Scherer, Schuldverhältnisse zu § 764 Bem. 2.

Fall ist, läßt sich nur nach allen dabei in Betracht kommenden Umständen beurtheilen.[39]) Ein Anhaltspunkt hierfür wird häufig dann gegeben sein, wenn der eine Theil Verträge in solcher Höhe abschließt, daß der andere nach den ihm bekannten Vermögensverhältnissen seines Vertragsgegners annehmen muß, daß dieser die Waaren niemals beziehen oder liefern kann.[39])

Analog ist die Rechtsnorm des Reichsbörsengesetzes vom 20. Juni 1896 § 66 Abs. 3 zu behandeln. Hiernach sind Börsentermingeschäfte unverbindlich, wenn nicht beide Parteien zur Zeit des Geschäfts-Abschlusses im Börsenregister eingetragen sind. Die Unwirksamkeit erstreckt sich auf die bestellten Sicherheiten und die abgegebenen Schuldanerkenntnisse. Das aber, was bei oder nach völliger Abwickelung des Geschäftes zu seiner Erfüllung geleistet worden ist, kann nicht zurückgefordert werden. Ueber den Begriff des Börsentermingeschäfts herrscht zur Zeit lebhafter Streit zwischen der Praxis des Reichsgerichts[40]) und der in der Litteratur vertretenen herrschenden Meinung.[41]) Ausgehend von dem Gesichtspunkt, daß der Terminhandel nach Möglichkeit eingeschränkt werden müsse, um dadurch die Spekulation aus der Welt zu schaffen, hat das Reichsgericht dem Begriff des Börsentermingeschäfts in § 48 des Börsengesetzes eine so weitgehende Auslegung gegeben, daß darunter auch die auf Grund der Art. 354—357 A. D. H. G. B. geschlossenen handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte fallen und hat dieselben ebenfalls für unwirksam erklärt, wenn nicht beide Theile im Börsenregister eingetragen sind. Diese Auffassung steht aber im Widerspruch zu dem klaren Wortlaut des Gesetzes und findet auch nicht ihre Rechtfertigung in den Motiven zum Börsengesetz,[42]) da sich aus ihnen nicht ersehen läßt, daß der Gesetzgeber soweit hat gehen wollen, auch andere als die in § 48 Börs.-Ges. definirten Börsen-

[39]) Vgl. im Uebrigen Planck II B. G.B. § 764,2; Endemann a. a. O. I 849; Matthiaß I 639; Müller-Meikel, B.R. I 392.

[40]) Vgl. Entsch. des R.G. I Civ.Sen. vom 12. Oktober 1898 und vom 28. Oktober 1899.

[41]) Vgl. Adler im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 17 S. 132 ff.; Staub, Der Begriff der Börsentermingeschäfte in § 66 des Börsengesetzes (1899); Ernst Heinemann, Der Börsenterminhandel und das Reichsgericht, Berlin 1900; G. Zadig, Der Terminhandel und seine Behandlung durch Rechtsprechung und Gesetzgebung, Breslau.

[42]) Vgl. das Sitzungsprotokoll der Börsen-Enquete-Kommission S. 366.

termingeschäfte von der Eintragung beider Kontrahenten ins Börsenregister abhängig zu machen.

Die bevorstehende Revision des Börsengesetzes wird hier Abhülfe schaffen.

§ 5.

Versprechen eines Ehemäklerlohns.

Aus ganz eigenartigen Gründen wird endlich dem Versprechen eines Lohns für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe, dem Anspruch des Ehemäklers die Klage versagt.

Die Mäklergebühr für Heirathsvermittelung war im bisherigen Recht nach der herrschenden Meinung unbedenklich von rechtlicher Gültigkeit.[1])

Nach der Gewerbeordnung von 1883 § 35 wurden Konzessionen zur gewerbsmäßigen Heirathsvermittelung ertheilt.

Auch der Entwurf I erkannte die Klagbarkeit der Ehemäklergebühr an. In der Reichstagskommission wurde aber in den Abschnitt über den Mäklervertrag ein § 643 c eingefügt, der als § 656 in das B. G.B. übergegangen ist.

Danach ist die Ehemäklergebühr nicht einklagbar: „es wird durch das Versprechen eines Ehemäklerlohns eine Verbindlichkeit nicht begründet". Die Kommission wollte hiermit erziehlich den Gedanken in allen Volkskreisen verbreiten, daß das Nehmen und Geben eines Ehemäklerlohns mit dem sittlichen Charakter der Ehe unvereinbar sei.[2]) Die Rückforderung des Gezahlten wird aber ausgeschlossen, um „alle die Aergerniß erregenden Prozesse nach jeder Richtung hin abzuschneiden."[3])

Der Ausschluß der Rückforderung gilt nicht nur für die gewöhnliche Leistung, sondern auch für die Leistung an Erfüllungs-

[1]) Vgl. R.G. bei Blum, Urtheile und Annalen Bd. II S. 217 und in Seufferts Archiv, Bd. 48 Nr. 23. Anders und für Ungültigkeit R.G. Bd. 25 S. 340, aber nur auf Grund des französischen Rechts; dazu Kohler, im Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 5 S. 161—265; Neubauer eod. Bd. 6 S. 35; Riesenfeld in Gruchot's Beitr. Bd. 36 S. 817, 822 ff.

[2]) Komm.Prot. S. 2786, 3060.

[3]) Dernburg, B.R. II$_2$ S. 489 Anm. 15 bemerkt daher ganz richtig: Man wird die Ausschließung der Rückforderung wohl daraus zu erklären haben, daß die Leistung einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach (§ 814 B. G.B.).

statt z. B. für das durch Cession oder durch Erlaß einer Forderung Zugewendete.

Doch wird hier durch Abs. 2 § 656 die gleiche Einschränkung gemacht wie in § 762 beim Spiel- und Wettvertrag. Der § 656 Abs. 2 ist dem § 762 Abs. 2 nachgebildet und muß daher in demselben Sinne ausgelegt werden. Hiernach gilt für eine Vereinbarung, durch die der andere Theil zum Zwecke der Erfüllung des Versprechens dem Mäkler gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntniß, dasselbe, wie von dem Versprechen des Ehemäklerlohns selber.

Eine Verbindlichkeit wird dadurch nicht begründet.[4])

Das Geleistete steht also auch hier im Gegensatz zu dem bloß Versprochenen; das Zahlungsversprechen, Accept u. s. w. stehen hier mit der effektiven Leistung nicht auf gleicher Stufe. Ist zwecks Erfüllung des Versprechens ein Schuldschein oder eine Urkunde über das Schuldanerkenntniß ausgestellt, so kann die Zurückgabe derselben nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangt werden. Hat der Ehemäkler sich für die Vermittelung einen Wechsel geben lassen, so muß er gegen sich den Einwand gelten lassen, daß der Wechsel für die Vermittelung einer Ehe gegeben ist, dem dritten gutgläubigen Erwerber des Wechsels aber kann dieser Einwand nicht entgegengesetzt werden.

Dahingegen kann das effektiv Geleistete nicht darum zurückgefordert werden, „weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat;" damit bleiben aber etwaige andere Rückforderungsgründe, wie z. B. der, daß die Leistung durch Drohung erzwungen sei, bestehen.

Die Nichteinklagbarkeit des Ehemäklerlohns beruht somit auf einer speziellen Vorschrift und nicht auf der allgemeinen Regel, daß unsittliche Geschäfte eine Verbindlichkeit nicht erzeugen.

Mit der Spezialbestimmung ist daher nicht etwa, wie Kohler[5]) zu meinen scheint, eine Rechtsregel, daß Ehemäklergeschäfte allgemein unsittlich seien, Gesetz geworden.

---

[4]) A. M. auch hier Stammler a. a. O. S. 29. Nach seiner Meinung ist das Anerkenntniß, sowie jede andere Vereinbarung, durch die der andere Theil zum Zwecke der Erfüllung des Versprechens dem Mäkler gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, gültig. Vgl. hier das auf S. 73—76 Gesagte und Ecsius in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 202.

[5]) Vgl. Archiv für bürgerliches Recht Bd. 12 S. 317.

Dies ist wichtig in dem Fall, wenn einem Ehemäkler, der einen Sozius hat, der Ehemäklerlohn gezahlt ist und er sich weigert, seinem Sozius die Hälfte abzugeben. Wäre das Ehemäklergeschäft an sich unsittlich, so würde dem Sozius die Klage auf die Hälfte zu versagen sein.

§ 6.
Die sittlichen und Anstandspflichten.

Während wir es in den bisherigen Fällen mit Schuldverhältnissen zu thun hatten, deren Unvollkommenheit darauf beruhte, daß aus einer gültigen Forderung eine durch Exzeption entkräftbare geworden, wie bei der verjährten Forderung, oder eine Verbindlichkeit überhaupt nicht begründet wurde, sodaß die Klage schon von Rechtswegen ausgeschlossen ist, immerhin aber gewisse, der Erfüllung gleichstehende, rechtliche Wirkungen möglich sind, wie bei Spiel und Wette, Ehemäklerlohn, handelt es sich im Folgenden um eine Gruppe von Fällen, in denen das Gesetz gewissen nur durch Anstand und Sitte gebotenen Pflichten seinen rechtlichen Schutz verleiht, indem es die Kondiktion des in solchen Fällen Geleisteten ausschließt.

In § 814 des B. G.B. heißt es ganz allgemein:

> „Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach."

Der Entwurf I[1]) wollte, indem er in seiner Vorliebe für streng formale Konsequenz einer unvollkommenen Obligation jede Wirkung versagte, die Rückforderung in der Regel auch dann zulassen, wenn durch die Leistung einer Anstands- oder Sittlichkeitspflicht genügt ist. Sehr mit Recht hat dagegen die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs[2]) dem sittlichen Momente im Rechte gemäß die Rückforderung ausgeschlossen, wie dies auch nach Preußischem Recht der Fall ist.[3])

---

[1]) Vgl. Mot. II S. 832 f.
[2]) Entw. II § 739.
[3]) A. L.R. I 16 § 178.

Hiermit ist eine vom rechtspolitischen und ethischen Standpunkt aus sehr beifallswerthe Neuerung gegeben, denn das Gesetzbuch führt damit (§ 814) zwei Kriterien für natürliche Verbindlichkeiten ein, die in dieser Ausdehnung seither, wenigstens in voller Uebereinstimmung, nicht anerkannt waren.[4]) Und wenn die Wirkung dieser klaglosen Verpflichtungen auch nur darin besteht, daß die Rückforderung des zur Erfüllung einer solchen Verpflichtung Geleisteten ausgeschlossen ist, so vermag sie doch im täglichen Verkehr eine nicht geringe Bedeutung dadurch zu gewinnen, daß als Leistung im Sinne des § 814 auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses gilt.[5]) Hat also Jemand durch Anerkennung eines Schuldverhältnisses einer sittlichen Pflicht Genüge gethan, so ist der andere Theil nicht grundlos bereichert, und es kann daher die Aufhebung der einmal anerkannten Verpflichtung nicht verlangt werden.

Das B. G.B. betrachtet also die zur Erfüllung sittlicher Pflichten gemachten Leistungen nicht als ungerechtfertigte Bereicherung und schließt deshalb die Rückforderung aus. „Es liegt hierin — wie Endemann sagt[6]) — eine halbe rechtliche Anerkennung: sie reicht nicht aus, um den Erfüllungszwang dahinter zu setzen; sie genügt aber als rechtlicher Grund einer bewirkten Leistung Darum ist die Rückforderung selbst dann ausgeschlossen, wenn in irrthümlicher Annahme einer Zahlungspflicht geleistet wurde.“ [7]). Wußte der Leistende, daß er rechtlich nicht verpflichtet war und fühlte er sich dennoch moralisch zu der Leistung verpflichtet, so ist seine Leistung Schenkung.

Eine solche Schenkung wird aber von B. G.B. wegen der sie

[illegible]

[4]) Vgl. Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren S. 29 f. Dertmann, Schuldverh. S. 543, Anm. 4. Cosack, Dtsch. Bürg. R. I S. 607 Anm. 4 findet § 814 übereinstimmend mit der Naturalobligation des bisherigen Rechts. Ebenso Endemann a. a. O., I S. 419, Scherer, Schuldverh. S. 644 Nr. 32. Vgl. ferner Sächs. Archiv für bürg. Recht, Bd. 9 S. 4, wo es heißt:

„In § 814 kommt der Gedanke der natürlichen Billigkeit, die Naturalobligation des röm. Rechts zu sieghaftem Durchbruch.

[5]) Vgl. Stammler a. a. O. S. 30, ebenso Ubbelohde in den Jhrb. f. Dogmatik, Bd. 38, N. F. II.

[6]) Endemann, a. a. O. I S. 419.

[7]) Darüber, wie sich für diesen Fall die Beweislast regelt, vgl. Sächs. Arch. f. bürg. Recht Bd. 9 S. 103.

veranlassenden Beweggründe anders behandelt als die gewöhnliche Schenkung; sie unterliegt nicht den sonstigen Beschränkungen derselben.

Die durch sittliche Pflicht oder Anstandsrücksichten gebotenen Schenkungen sind in § 534 dadurch ausgezeichnet, daß bei ihnen die Rückforderung und der Widerruf ausgeschlossen ist. Eine solche Schenkung kann der Schenker nicht wie die gewöhnliche Schenkung auf Grund des § 528 wegen mangelnden Unterhalts zurückfordern oder nach § 530 wegen groben Undanks widerrufen.

Unter § 534 fallen auch die vom B. G.B. nicht erwähnten remuneratorischen und wechselseitigen Schenkungen; die bei ihnen bestehende Absicht der Belohnung schließt den Schenkungscharakter derselben nicht aus.[7a])

Da derartige Schenkungen den Empfänger regelmäßig zur Dankbarkeit nicht verpflichten, hat das Gesetz den Widerruf derselben ausgeschlossen, gleichviel ob die Schenkung groß oder klein, ob sie den geleisteten Diensten entsprach oder nicht entsprach.[8])

Abgesehen von der Ausnahme des § 534 ist aber die Regel festzuhalten.[9]) Es bedarf daher das Versprechen einer remuneratorischen Schenkung ebenso der Form wie bei der gewöhnlichen, jedoch wird es, da es sich zumeist um kleinere Schenkungen handelt, wohl kaum zur Vornahme der Form kommen.

Auch die Römer haben bereits eine natürliche Pflicht zu solchen Schenkungen, eine obligatio naturalis ad remunerandum anerkannt. Es betraf dieselbe so genannte Liebespflichten; ein Zwang bestand nicht, wohl aber eine Schicklichkeits- und Sittlichkeitspflicht, deshalb war die condictio indebiti hier ausgeschlossen, so z. B. wenn die

---

[7a]) Vgl. O. Fischer, Komm. § 534 Anm. 1; Endemann I 741, Anm. 14; Dertmann S. 253 f.; Dernburg; Bürg. Recht II 2 S. 138, Kuhlenbeck, Einführung in das Studium des bürg. Recht I S. 367, Scherer, Schuldverhältnisse § 534, 1b.

[8]) Haidlen, Komm. Bd. 1 S. 593 (zu § 534) meint dagegen: Die Frage, ob bei sog. remuneratorischen Schenkungen der Widerruf stattfindet, kann nicht allgemein, sondern nur nach den besonderen Verhältnissen des Falls entschieden werden. Enthält eine solche Schenkung neben der Vergütung eine erhebliche Liberalität auf Seiten des Gebers, so besteht kein Grund, den Widerruf auszuschließen. Diejenigen Fälle dagegen, in welchen die Liberalität im Verhältniß zu den geleisteten Diensten nur gering ist, fallen unter den Begriff der Anstandsgeschenke.

[9]) Vgl. Scherer a. a. O. § 534 Nr. 21.

Ehefrau ihrem Manne eine dos bestellte, in der irrigen Annahme, dazu von Rechtswegen verpflichtet zu sein.[10])

Auch das B. G.B. kennt eine natürliche Verpflichtung zur Gewährung einer Ausstattung, und zwar umfaßt dieselbe nach der Terminologie des Gesetzbuchs nicht nur die Aussteuer, sondern überhaupt alles, was einem Kinde, gleichviel ob Sohn oder Tochter, mit Rücksicht auf seine Verheirathung oder zur Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zugewendet wird. Es sagt § 1624:

> „Was einem Kinde mit Rücksicht auf seine Verheirathung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder Erhaltung der Wirthschaft oder der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird (Ausstattung), gilt, auch wenn eine Verpflichtung nicht besteht, nur insoweit als Schenkung, als die Ausstattung das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter, entsprechende Maß übersteigt."

Es wird hierbei insbesondere die Vermögenslage der Tochter und des zukünftigen Gatten, ferner auch Rang und Stellung desselben in Betracht kommen.[11])

Wann nun sonst eine sittliche Pflicht oder eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht zu solchen Leistungen vorliegt, wird im Hinblick auf den gesammten Zusammenhang, in dem der Ausdruck gleichlautend wiederkehrt, immer da der Fall sein, wo man in dem gesellschaftlichen Kreise, dem der Betreffende angehört, freigebige Zuwendungen von gewisser Art erwartet.[12]) Es gehören hierher vor Allem die sogenannten Gelegenheitsgeschenke, d. h. Geschenke, die bei gewissen Gelegenheiten gemacht werden z. B. zu Ostern, zu Weihnachten, zu Neujahr, bei Geburtstagen, Taufen, Hochzeiten und Jubiläen.[13])

Sie sind Anstandsschenkungen insoweit, als ihre Unterlassung gesellschaftlich als unanständig gilt. Die Rechtsordnung erkennt an,

---

[10]) l. 32 § 2 D. 12, 6 und l. 26 § 12 rit. Vgl. ferner l. 7 D. fidei 46, 1; dazu Stammler a. a. O. S. 32 Anm. 3.

[11]) Diese Einschränkung der Ausstattungspflicht auf das den Verhältnissen entsprechende Maß ist ferner für die Anwendung der noch näher zu besprechenden §§ 1446, 1641, 1804 von großer praktischer Bedeutung.

[12]) Vgl. L. Jacobi, Die sittliche Pflicht im B. G.B. S. 5 ff.

[13]) Vgl. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G.B., Dogm. Einf. I S. 367.

daß dieser Anstandsrücksicht gegenüber bei solchen Geschenken die vermögensrechtliche Wirkung ganz in den Hintergrund tritt. Dadurch rechtfertigt sich die dieser Art von Schenkungen eingeräumte Sonderstellung.

Regel ist, daß Niemand aus fremdem Vermögen Schenkungen machen kann; dieselben liegen außerhalb einer ordentlichen Vermögensverwaltung, namentlich auch außerhalb der Befugnisse eines Verwalters fremden Vermögens.

Die hier in Rede stehenden Schenkungen hat das Gesetz nun dadurch ausgezeichnet, daß es in einer Reihe von Fällen, wo es sich um unentgeltliche Verfügungen über fremdes Vermögen handelt, von der Einwilligung desjenigen, aus dessen Vermögen die Schenkung gemacht wird, absieht.

So bedarf nach § 1446 Abs. 2 der Ehemann zu Schenkungen aus dem Gesammtgut nicht der Einwilligung der Frau, wenn dadurch einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. Derartige Schenkungen kann ferner der Vater in Vertretung des Kindes (§ 1641), der Vormund in Vertretung seines Mündels (§ 1804), der Testamentsvollstrecker, der den Nachlaß verwaltet (§ 2205), der Vorerbe, der für den Nacherben die Erbschaft zu erhalten hat (§ 2113,2), selbständig vornehmen; auch kann die Herausgabe einer derartigen Schenkung zur Ergänzung des Pflichttheils nicht verlangt werden (§ 2330).

Das Gesetz bezeichnet diese privilegirten Schenkungen überall gleichlautend als solche, durch die „einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht" entsprochen wird, und mit denselben Worten bezeichnet es in § 814 die Naturalobligation, durch welche die condictio indebiti ausgeschlossen wird. Man darf darum aber diese Art von Schenkungen nicht mit der Naturalobligation völlig identifiziren, denn die Schenkung ist ein Akt der Liberalität, nicht Zahlung, das heißt, sie bleibt Schenkung, selbst wenn sie durch sittliche Pflicht oder eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht geboten ist.[14])

Von Wichtigkeit ist hier die Klärung des Begriffes: „sittliche Pflicht".

[14]) Vgl. Burckhard, Begriff der Schenkung (1899) in der Festgabe für Ernst Immanuel Bekker S. 111; ferner Ihering, Zweck im Recht Bd. 2, 3 A S. 282.

Wäre sittliche Pflicht gleichbedeutend mit „Sittlichkeitspflicht" und würde damit das B. G.B. eine Sittlichkeitspflicht zu Schenkungen allgemein anerkennen wollen, so wäre das eine Neuerung von unermeßlicher Tragweite. Es würden dann hierher gehören allerlei Arten von Schenkungen: Schenkungen zur Linderung der Noth, ferner solche, die sich kennzeichnen als Bethätigungen der Freundschaft, der Religion, des Sinns für Wohlfahrtseinrichtungen, Kunst und Wissenschaft u. s. w. Oder hat der Gesetzgeber sich hier nur im Ausdruck vergriffen und sollten die in den erwähnten Vorschriften gebrauchten Worte den gleichen Sinn haben wie „Anstand und Sitte."[15])

In der Litteratur ist die erstere Ansicht vorherrschend. So sagt Endemann[16]) zu § 534: „Es ist indessen weiter zu gehen. Viele danach gebotene Leistungen, wie die Unterstützung kranker entfernter Verwandten und Freunde, die Beiträge zu wohlthätigen Zwecken oder zur Errichtung eines Denkmals u. s. f. gelten nach der guten Verkehrsanschauung überhaupt nicht als Schenkung. Die socialen und sittlichen Verpflichtungen sind in dem Sinne als naturales obligationes anzuerkennen, daß ihre Erfüllung nicht als unentgeltliche Vermögensverschiebung gilt."

Oertmann[17]) bemerkt, der Begriff kreuze sich mit dem bisherigen der remuneratorischen Schenkung. Er sei einerseits viel weiter, andererseits werde man kaum sagen können, daß wer aus Dankbarkeit seinem Arzt über das Honorar hinaus eine werthvolle Dedikation macht, nur „einer sittlichen Pflicht" genüge. Man hätte vielleicht besser gethan, diese privilegirten Schenkungen überhaupt nicht unter den Schenkungsbegriff zu bringen.

Auch Stammler[18]) findet in der Einführung der „sittlichen Pflicht" als Norm die Feststellung einer naturalis obligatio und erklärt sich mit diesem Schritte des B. G.B. einverstanden. Allerdings sei der Praxis damit eine nicht ganz leicht zu lösende Auf-

[15]) Zu diesem Ergebniß kommt Jacobi in seiner Abhandlung über die sittliche Pflicht in der Festschrift für Dernburg. Er lehnt damit die weitergehende Auffassung als vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt, ab.

[16]) Lehrb. I 741 Anm. 15 u. S. 419, 420.

[17]) Schuldverhältnisse S. 253.

[18]) Stammler a. a. O. S. 35; vgl. f. Cosack, Lehrbuch I S. 172; Planck, Komm. II S. 6; dazu Prot. I S. 123 f.

gabe überwiesen, denn die Anwendung der Norm läßt dem richterlichen Ermessen einen sehr weiten Spielraum. In jedem einzelnen Falle wird bei der Entscheidung das richtige Takt- und Schicklichkeitsgefühl des Richters den Ausschlag geben.

Es dürfte namentlich nicht ganz leicht, wenn auch nicht unmöglich sein — wie Jacobi a. a. O. S. 17 meint —, zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange unentgeltliche Zuwendungen auf Grund sittlicher Verpflichtung aus eigenem oder fremdem Vermögen gemacht werden dürfen bezw. gemacht werden müssen.[19]) Die Möglichkeit einer solchen Feststellung ist aber dem Wortlaut des Gesetzes nach in den §§ 534, 1446, 1641, 1804, 2113, 2205, 2330 vorausgesetzt.

Wie steht es z. B. mit Schenkungen an bedürftige, aber nicht unterhaltsberechtigte Verwandte?

Im Allgemeinen läßt sich eine Verpflichtung zu solchen Schenkungen nicht in Abrede stellen; sie entspricht sicherlich dem Rechtsbewußtsein unserer Zeit und auch dem Geist des B. G.B., durch welches die in der Schenkung liegende moralische Kraft zu besonderer rechtlicher Anerkennung und Geltung gelangt ist.

Ob aber der Vater in Vertretung des Kindes (§ 1641), der Vormund in Vertretung des Mündels (§ 1804) ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hierzu berechtigt sein wird, bleibt eine offene Frage. Irrig wäre es zu meinen, die Größe der Schenkung gebe hierbei den Ausschlag. Das Gesetz macht es dem Vater und dem Vormund, wie jedem Verwalter fremden Vermögens zur Pflicht, das Vermögen möglichst zusammenzuhalten und darum ihrer Schenkthätigkeit Grenzen zu ziehen, in den einzelnen Fällen Maß zu halten und nicht über ihre Kräfte hinauszugehen. Wo aber ist hier die richtige Grenze? Was sind einem Millionär Tausende? Dahingegen kann eine Schenkung von einigen hundert Mark einen

---

[19]) Nach Fischer-Henle, B.G.B., § 138 Anm. 1 sollen maßgebend sein die Anschauungen und Gepflogenheiten des ganzen Volkes; nach Kohler, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 12 S. 325 f.:

> Das Ideal eines wenn auch nicht vollkommenen so doch lauteren und makellosen Menschen nach den Vorstellungen, die in den Besten der Nation leben;

zustimmend Meisner, B. G. B. Allg. Theil S. 130. Vgl. f. Gutachten aus dem Anwaltstande über I. Lesung des Entwurfs Heft 3 § 2 S. 168.

Familienvater, der nur über ein mäßiges Einkommen zu verfügen hat, auf Jahre hinaus schädigen.

Von großer Bedeutung für die richtige Beantwortung dieser Frage sind also die Vermögensverhältnisse, sowie die soziale und gesellschaftliche Stellung der Betheiligten; nicht minder wichtig auch die Umstände, unter welchen sowohl die Veranlassung zu einer derartigen Schenkung, als auch diese selbst eintritt.[20])

Wenn die armen Verwandten einen unwürdigen Lebenswandel führen, sich früher lieblos und undankbar gegen ihren reichen Verwandten benommen haben, so wird sich sehr fragen, ob bei dem letzteren von einer sittlichen Pflicht zu ihrer Unterstützung gesprochen werden kann.

Im Einzelnen ist noch zu bemerken: Da nach § 1624 dasjenige, was einem Kinde zur Verheirathung oder Errichtung eines eigenen Hausstandes von dem Vater oder der Mutter innerhalb der im § 1624 Abs. 1 bezeichneten Grenzen als Ausstattung durch Vertrag zugesichert oder gewährt wird, nicht als Schenkung gilt, so fallen derartige Ausstattungen überhaupt nicht unter § 1446, der Ehemann ist vielmehr gemäß dem ihm nach § 1443 zustehenden Verfügungsrecht über das Gesammtgut berechtigt, dieselbe auch ohne Einwilligung der Frau zu gewähren.

Hinsichtlich der dem Manne erlaubten Anstandsschenkungen bemerken die Motive:[21]) Daß die Ausnahme des § 1446 Abs. 2 wegen ihrer Unbestimmtheit und ihrer Ausdehnung eine Quelle von Zwistigkeiten unter den Ehegatten zu werden drohe, namentlich wenn der Ehemann auf Grund dieser Bestimmungen seinen Verwandten größere Schenkungen zuwende, ist nicht zu besorgen. Nach den vorangeschickten Ausführungen ist m. E. die Besorgniß wohl gerechtfertigt, daß sich hieraus bei der Auseinandersetzung große Schwierigkeiten ergeben.

[20]) Eine sittliche Pflicht zu solchen zum Zwecke der Unterstützung armer Verwandten gemachten Schenkungen erkennt an Endemann a. a. O. I 741 Anm. 15; vgl. f. Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht Bd. 9 S. 4 und 103 sagt:

> Wer dem bedürftigen Bruder Geld zum Unterhalt gab, kann deshalb das Geleistete nicht zurückfordern, selbst wenn er irrthümlich glaubte, unterhaltspflichtig zu sein.

[21]) Vgl. Mot. IV 356—358.

§ 1641 gewährt auch dem Vater das Recht, derartige Anstandsschenkungen in Vertretung des Kindes zu machen. Kommen auch in erster Linie die Vermögensverhältnisse des Kindes dabei in Betracht, so wird der Inhaber der elterlichen Gewalt, soweit demselben an dem Vermögen des Kindes die elterliche Nutznießung zusteht, aus dem Vermögensstamme des Kindes solche Schenkungen nicht machen können, sondern aus den laufenden Einnahmen zu decken haben.[22]) Ebenso wird der Vormund nach § 1804 solche Schenkungen zunächst aus den Einnahmen und erst, wenn diese nicht zureichen, aus dem Stamme des Mündelvermögens machen dürfen. Danach werden die Fälle, in welchen eine Schenkung aus dem Stamme des Kindes- resp. Mündelvermögens durch eine sittliche Pflicht oder eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gerechtfertigt wird, äußerst selten sein.

Inwieweit ferner der Testamentsvollstrecker zu solchen durch Anstand und Sitte gebotenen Schenkungen berechtigt ist (§ 2205 Satz 2), läßt sich ebenfalls nur nach den konkreten Umständen des einzelnen Falls beurtheilen.[23]) Das heutige Leben stellt an den Wohlthätigkeitssinn und die Opferwilligkeit unseres Volkes in allen seinen Schichten große Anforderungen, an einzelne Klassen häufigere und höhere, an andere seltenere und geringere, aber selbst arme Familien, die mit des Tages Noth zu kämpfen haben, bleiben, namentlich in Fällen allgemeinen und das tiefste Mitleid beanspruchenden menschlichen Elends, nicht unberührt. Die Anlässe zu solchen Opfern sind zahlreich. Wer als Vorstand eines einfachen bürgerlichen Haushalts sein Ausgabenbuch durchgeht, wird vielleicht über die Summen erstaunen, die er im Laufe des Jahres verschenkt hat. Da finden sich milde Beiträge für die Ueberschwemmten großer Landstriche, für Abgebrannte, für die Familien verunglückter Berg- oder Schiffsleute, für die gewöhnlichen Hausarmen, dann und wann für verschämte Arme, periodisch wiederkehrende Ausgaben für

[22]) Vgl. Mot. IV 741–772; Fischer-Henle § 1641 Bem. 2; Haidlen, B. G.B. Bd. 3 S. 467.

[23]) Daher meint Hachenburg, B. G.B. S. 9:

> Die Frage, ob der Testamentsvollstrecker berechtigt war, am Beerdigungstage auch ohne testamentarische Anweisung Almosen in reicherem Maße zu spenden, wird sich nach der Uebung in solchen Dingen entscheiden. Vgl. Mot. V 231—232.

Armen-, Kranken-, Findel- und Irrenhäuser, und wie die zahlreichen Anstalten alle heißen, denen wir, unserem Herzen, der Sitte und den Pflichten des Anstandes folgend, Unterstützungen zukommen zu lassen pflegen. Dazu kommen, wie schon oben bemerkt, die vielfachen Gelegenheitsgeschenke an unsere Angehörigen, Verwandte und Freunde und eine Reihe unvorhergesehener Geschenke, welche recht erhebliche Summen beanspruchen.

Alles in Allem genommen, kommen wir zu dem Ergebniß, daß das Bürgerliche Gesetzbuch durch Anerkennung einer natürlichen Verbindlichkeit zu derartigen Schenkungen eine Neuerung von unermeßlicher Tragweite geschaffen hat. Es wird für den Richter nicht leicht sein, hier immer die richtige Mitte zu finden, denn „einerseits soll der Maßstab der sittlichen Pflicht ein objektiv richtiger sein, andererseits dürfen juristische Zweifelsfragen nicht gemessen werden an der geträumten Utopie eines Idealstaates".[24])

§ 7.

Bleibt der Gemeindeschuldner für die ihm im Zwangsvergleich erlassenen Forderungen noch naturaliter verpflichtet?

Die Motive[1]) erachteten freilich „kein Bedürfniß" dafür vorhanden, die Zurückforderung des Gezahlten für unzulässig zu erklären, wenn der Gemeinschuldner seine Gläubiger über die im Zwangsvergleich oder freiwilligen Akkord hinaus festgesetzte Rate befriedigt. Es wird aber mit Recht hiergegen eingewandt, es sei eine bedenkliche Verkennung der ethischen Aufgaben des Rechts, wenn man die moralische Verbindlichkeit des Gemeinschuldners, seine Gläubiger nach Kräften voll auszuzahlen, von Rechtswegen verleugnen wollte.[2])

Befriedigt der Gemeinschuldner seine beim Zwangsvergleich mit einem Theile ihrer Forderungen ausgefallenen Gläubiger, so

[24]) Vgl. Stammler a. a. O. S. 32, 47 ff.

[1]) Mot. II 833.

[2]) Vgl. Oertmann, Schuldverhältnisse S. 253 ff.; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 15 und Bürg. Recht II 1 S. 11; Meisner, Schuldverhältnisse S. 282 Anm. 4; Kuhlenbeck, Von den Pandekten z. B.G.B., Einf. in das Studium des B. G.B. I S. 563; Scherer, Schuldverhältnisse S. 644 (Anm. 1 zu § 516) Nr. 33.

muß auch hier § 814 B. G.B. Platz greifen, da auf alle Fälle eine moralische Verpflichtung des Schuldners hierzu zugegeben werden muß.

Weiß der Schuldner, daß er zu der Leistung nicht verpflichtet ist, so liegt eine Schenkung vor im Sinne des § 534, die nicht der Rückforderung und dem Widerruf unterliegt; sie kann der Vater in Vertretung des Kindes (1641), der Vormund für den Mündel (1804), der Mann ohne Einwilligung der Frau 2c. vornehmen.

Freilich entspricht hier die Annahme einer Schenkung wohl nicht der subjektiven Auffassung der Parteien: Wenn der Schuldner nachträglich leistet, so thut er das nicht in der Absicht zu schenken, sondern um sich von einer Schuld zu befreien, zu deren Erfüllung er sich noch verpflichtet fühlt; und ebenso empfindet der frühere Gläubiger das nicht als Schenkung, sondern als Leistung dessen, was ihm noch geschuldet sein würde, wenn er nicht erlassen hätte. Aber die subjektive Auffassung der Parteien kann den objektiven Charakter einer Leistung als Schenkung nicht ändern: Tilgung einer Schuld ist nur da möglich, wo auch rechtlich eine solche besteht.[3])

Wenn wir aber vor allem die spezielle Gesetzesbestimmung der Reichskonkursordnung § 193 heranziehen, so müssen wir nach den vorangeschickten Ausführungen über den Begriff naturalis obligatio, wonach das Charakteristische derselben nur ihre Erfüllbarkeit ist, ohne Weiteres dazu kommen, die Leistung des Schuldners als Erfüllung einer unvollkommenen Verbindlichkeit zu betrachten.[4])

Geht doch durch den Zwangsvergleich nur die Klage verloren: die zu Gunsten der Gläubiger gewährten Sicherungen bleiben immerhin für das Ganze weiter verhaftet. Denn mit der Beseiti-

[3]) Vgl. Burckhard „zum Begriff der Schenkung" in der Festgabe für Ernst Immanuel Bekker (1899) S. 133 Anm. 1:

> er sieht in der nachträglichen Leistung des Gemeinschuldners nur eine Schenkung, nicht Tilgung einer Schuld, ohne jedoch die Frage nach dem Vorliegen einer Rechtspflicht zu beantworten.

[4]) Dernburg, Pand. II S. 15 sagt:

> Der Gemeinschuldner bleibt naturaliter verpflichtet. Zahlt er später das Erlassene nach, so ist das Schuldtilgung, keine Liberalität, vgl. f. Dernburg, Bürgerl. Recht II 1 S. 11; Entsch. des R. G. vom 11. Juli 1898 Bd. 42 S. 118, aber anders Seufferts Archiv Bd. 45 Nr. 7.

gung der Klage werden die durch den Zwangsvergleich verfolgten Zwecke genügend ereicht, ein weiteres Eingreifen in das materielle Recht wäre also überflüssig und kann nicht unterstellt werden. Damit stimmt auch überein, daß trotz des Zwangsvergleichs die Bürgen des Gemeinschuldners verhaftet bleiben und daß die Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrechte nicht berührt werden.

Die Konkursordnung § 193 sagt ausdrücklich:

„Die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners, sowie die Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrecht aus einer für sie bestehenden Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld oder aus einer zu ihrer Sicherung eingetragenen Vormerkung werden durch den Zwangsvergleich nicht berührt."

Zum Schlusse kann ich es mir nicht versagen, Herrn Professor Dr. Bernhöft in Rostock für seine mir bei der vorliegenden Arbeit erteilten Ratschläge meinen verbindlichsten Dank zu sagen.

C. Meyer.